Fra. Schröder
Diss. Rostock 1894

Die Wirkung

der

Cession einer Forderung

auf das

Rechtsverhältnis am Faustpfand.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Facultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt

von

Franz Schroeder
aus Danzig.

UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Rostock.

Universitäts-Buchdruckerei von Adler's Erben.

1894.

Meinem lieben Vater

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553622_0191

Inhalt.

§ 1. Einleitung.

I. Der Übergang des Pfandrechts.

§ 2. Die Wirkung der Cession auf die Forderung und das Pfandrecht im Allgemeinen.
§ 3. Die Wirkung der Cession auf das Faustpfandrecht insbesondere.
§ 4. Die Bedeutung der causa cessionis für den Übergang des Pfandrechts.
§ 5. Die Bedeutung der causa cessionis für die Haftung des Cedenten.

II. Der Pfandbesitz.

§ 6. Der Besitz des Cedenten und seine Verpflichtung zur Herausgabe des Pfandes an den Cessionar.
§ 7. Die Stellung des Cedenten gegenüber dem Schuldner in Bezug auf den Pfandbesitz.
§ 8. Die Stellung des Cessionars vor Erwerb des Pfandbesitzes im Konkurse des Schuldners und des Cedenten.

III. Der contractus pigneraticius.

§ 9. Die actio pigneraticia directa.
§ 10. Die persönliche Klage des Schuldners gegen den Cessionar.
§ 11. Die actio pigneraticia contraria.

IV. Das Gordianische Retentionsrecht.

§ 12. Das Retentionsrecht des Cedenten.
§ 13. Das Retentionsrecht des Cessionar.

---

§ 14. Ergebnis.

Anhang.

§ 15. Preussisches Recht.
§ 16. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (zweite Lesung).

Ein Verzeichnis der benutzten Litteratur befindet sich am Schlusse der Dissertation.

§ 1.

Einleitung.

Eines der wichtigsten Sicherungsmittel für Forderungen ist das Faustpfandrecht; es verleiht dem Gläubiger eine ganz besondere Sicherheit, da der Gegenstand der Verpfändung hier der thatsächlichen Verfügung des Schuldners entzogen wird. Es wird begründet, indem der Schuldner dem Gläubiger den Besitz an einer Sache in der Absicht, sie zu verpfänden, überträgt. Hiedurch schliessen die Parteien zugleich einen Realkontrakt ab, aus dem für beide Rechte und Verbindlichkeiten entstehen.

Das Rechtsverhältnis am Pfande ist sonach ein mehrfaches: der Gläubiger hat ein Pfandrecht d. h. das dingliche Recht sich für den Fall, dass er wegen der Forderung nicht befriedigt wird, durch den Verkauf der Sache bezahlt zu machen; er hat den durch die possessorischen Interdikte geschützten Besitz und er hat in Bezug auf die Sache persönliche Rechte und Pflichten gegenüber dem Schuldner. Dazu kommt noch, dass er nach einer positiven Bestimmung des römischen Rechts auch nach der Tilgung der versicherten Forderung das Pfand dem Schuldner vorenthalten kann, bis dieser auch die andern Forderungen des Gläubigers gegen ihn erfüllt hat.

Es soll nun untersucht werden, wie sich diese Rechtsverhältnisse gestalten, wenn der Gläubiger die Forderung, zu deren Sicherung ihm das Faustpfand bestellt ist, einem Dritten cediert; und zwar soll vornehmlich der Fall ins Auge gefasst werden, dass bei dem Cessionsgeschäft über das Pfandrecht keine Vereinbarung getroffen ist und der Cedent das Pfand in der Hand behalten hat, so dass also die ipso iure eintretenden Wirkungen der Cession geprüft werden. Jedoch wird auch auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach der Übertragung des Besitzes auf den Cessionar einzugehen sein.

Vorauszuschicken ist noch, dass nur von dem Faustpfand an beweglichen körperlichen Sachen gesprochen werden soll. Es können zwar nach gemeinem Recht auch unbewegliche Sachen Gegenstand eines Faustpfandrechts sein.[1]) Allein dieser Umstand kann in der Ausführung ausser Acht gelassen werden, da das römische Recht keine Besonderheiten für das Immobiliarpfandrecht ausgebildet hat, und auf die verschiedenen Partikularrechte nicht eingegangen werden kann. Nur für den Fall des Konkurses des Schuldners käme auch nach heutigem gemeinem Recht diese Verschiedenheit in Betracht, da die Reichs-Konkursordnung für das Faustpfandrecht an Mobilien besondere Erfordernisse aufstellt, während sie die Regelung des Umfangs und der Rangordnung der aus der Immobiliarmasse zu berichtigenden Ansprüche den Landesgesetzen überlässt. Gemeines Recht kommt aber auch hiefür nicht mehr in Anwendung, da die betreffenden Verhältnisse in allen Bundesstaaten gesetzgeberisch geregelt sind.[2])

[1]) cf. § 7 J de act. 4, 6. L 31 (32) D de neg. gest. 3, 5.

[2]) v. Wilmowski, Konkursordnung zu § 39 Anm. 2 Abs. 3.

Die Reichs-Konkursordnung gebraucht den Ausdruck „Faustpfand“ auch für das Pfandrecht an Forderungen, wenn es gewissen, in § 15 des Einführungsgesetzes angeführten Anforderungen entspricht. Dieser Gebrauch ist im gemeinen Recht nicht üblich, da man mit „Faustpfand“ das mit dem Besitz verbundene Pfandrecht bezeichnet, ein Besitz an Forderungen aber nicht möglich ist.[1]) Die Betrachtung des Pfandrechts an Forderungen scheidet daher von der Untersuchung aus.

I. Der Übergang des Pfandrechts.

§ 2.

Die Wirkung der Cession auf die Forderung und das Pfandrecht im Allgemeinen.

Über die Wirkung der Cession einer Forderung auf das zu ihrer Sicherung begründete Pfandrecht wird in der gemeinrechtlichen Theorie mit seltener Einmüthigkeit der Satz aufgestellt: mit dem Forderungsrechte gehen auch die Nebenrechte der Forderung, besonders das Pfandrecht, auf den Erwerber über. So lehren Windscheid,[2]) Dernburg,[3]) Mühlenbruch,[4]) Schmid,[5]) Sintenis,[6]) Wendt[7]) und Andere.

---

[1]) Windscheid, Pandekten I § 224 A. 3. Dernburg, Pfandrecht I S. 462. v. Völderndorff, Konkursordnung, Anm. b. zu § 40.

[2]) Pandekten II § 332, 2.

[3]) Pandekten II § 51, 2. Pfandrecht I S. 560.

[4]) Cession S. 477.

[5]) Cession I S. 28.

[6]) Civilrecht II S. 826.

[7]) Pandekten § 217.

Der Rechtssatz, dass der Übergang des Pfandrechts sich ipso iure vollzieht, ist jedoch erst das Ergebnis einer historischen Entwicklung im römischen Recht, gerade wie die Lehre von der Cession überhaupt sich erst allmählich herausgebildet hat.

Dem klassischen römischen Recht ist eine Übertragung des Forderungsrechts unter Lebenden fremd: die Obligation ist unlöslich mit den Personen verbunden, für die sie einmal begründet ist. Soll ein Wechsel in der Person des Gläubigers stattfinden, so muss die ursprüngliche Obligation aufgehoben und an ihrer Stelle eine andere zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner begründet werden. Diese Novation bewirkt mit dem Erlöschen der alten Obligation auch den Untergang der Pfandrechte, wie es Paulus in L. 18 D de novat. 46, 2 noch ausdrücklich sagt:

novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus.

Sie können aber für die neue Forderung wieder begründet werden: — L 11 § 1 D de pign. act. 13, 7

novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur, [1]) —

und erhalten dann sogar den Rang der Pfandrechte der aufgehobenen Forderung. Ob hierin eine Übertragung des alten Pfandrechts auf die neue Forderung [2]) oder eine Begründung eines neuen Pfandrechts mit dem Range des alten [3]) zu erblicken ist, ist sehr bestritten, dürfte hier aber nicht weiter in Betracht kommen. Es tritt jedenfalls schon bei der Novation faktisch die Wirkung ein, als ob das Forderungsrecht mit dem Pfandrecht auf den neuen Gläubiger übertragen wird.

---

[1]) cf. L 3 pr. L 12 § 5 D qui pot. in pign. 20, 4.

[2]) Windscheid I § 233 a und b.

[3]) Dernburg, Pandekten I § 290, 2; Pfandrecht II § 161 ff.

Allein diese Form ist sehr umständlich und macht häufig die Übertragung der Forderung, die dem Gläubiger sehr erwünscht sein kann, unmöglich, da sie die Zustimmung des Schuldners erfordert und diese nicht immer oder wenigstens nicht sofort zu erlangen sein wird.

Ausser der Novation giebt das klassische Recht für den Eintritt eines neuen Gläubigers in ein Schuldverhältnis noch eine andere Form in dem mandatum ad agendum: der Gläubiger erteilt einem Dritten den Auftrag, die Forderung einzutreiben und ermächtigt ihn, den Betrag für sich zu behalten, er macht ihn zum procurator in rem suam. Anfänglich war dessen Stellung eine ziemlich unsichere: das Mandat erlosch durch jeden Widerruf und den Tod des Gläubigers, und dieser blieb dem Schuldner gegenüber immer zur Annahme der Zahlung berechtigt. Erst durch die litis contestatio mit dem Schuldner wurde der procurator wegen deren novierender Wirkung gesichert. Ein weiter gehender Schutz wurde ihm in der Folgezeit dadurch zu teil, dass der litis contestatio die denunciatio, die Anzeige des Mandatars an den Schuldner über das Mandat insofern gleichgestellt wurde, als der Schuldner nach ihr nicht mehr an den ursprünglichen Gläubiger zahlen durfte.[1]) Gegen das Erlöschen des Mandats durch den Tod oder Widerruf des Mandanten wurde der procurator dadurch geschützt, dass man ihm actiones utiles gab, so dass er nun nicht nur alieno, sondern auch suo nomine klagen konnte.[2])

Thatsächlich war hiemit der Erfolg einer Singularsuccession in das Forderungsrecht erreicht; ob

[1]) L 3 pr. C de novat. VIII, 41. L 4 C quae res pign. VIII, 16.

[2]) L 16 pr. D de pactis 2, 14; L 1 u. 2 C de obl. IV, 10; L 7 C de her. vel. act. vend. IV, 39; L ult. C quando fiscus IV, 15.

aber die Römer die rechtliche Möglichkeit einer solchen anerkannt haben, ist eine der bestrittensten Fragen. Die herrschende Meinung, besonders ausgeführt von Mühlenbruch,[1] Schmid,[2] Puchta[3] und Vangerow[4] ging auch für das heutige gemeine Recht lange Zeit dahin, dass eine Forderung ihrem Begriffe nach unübertragbar ist. Die Cession wurde definiert als „die Übertragung der Befugnis, ein fremdes Forderungsrecht als eigenes geltend zu machen.“ [5]

Diese Auffassung wurde zuerst von Bähr,[6] der auch schon für das römische Recht einen Übergang der Obligation selbst behauptet, und von Windscheid angefochten.[7] Nach dem jetzigen Stande der Theorie und Praxis kann als herrschende Meinung die bezeichnet werden, dass die Cession das Forderungsrecht überträgt, so dass der Cedent aufhört Gläubiger zu sein und dem Cessionar die Forderung als eigene zusteht. Dieser Ansicht hat auch das Reichsgericht[8] besonders deutlich Ausdruck gegeben, indem es ausführt, dass „für das heutige Recht der mit dem Begriff und Wesen des Forderungsrechts wohl verträgliche Satz angenommen werden muss, dass durch die Cession eine Sondernachfolge in die Forderung herbeigeführt wird, und dass der Übergang des abgetretenen Forderungs-

[1]) Cession; besonders S. 220—232; 557.

[2]) Cession II S. 438.

[3]) in Weiske's Rechtslexikon Bd. II S. 639.

[4]) Pandekten III § 574 Anm. I.

[5]) Mühlenbruch a. a. O. S. 222.

[6]) Zur Cessionslehre, in Iherings Jahrbücher Bd. 1; besonders S. 371 ff.

[7]) Pandekten II § 329. So auch Dernburg Pand. II § 48; Arndts Pand. § 254 A. 5; Brinz Pand. II § 284; Wendt Pand. § 216.

[8]) Entscheidungen in Civilsachen Bd. 4 Nr. 32 S. 115.

rechts von dem Cedenten auf den Cessionar in der Art sich vollzieht, dass der bisherige Gläubiger ohne weiteres, namentlich ohne das Hinzutreten der Denunciation der Cession an den Schuldner, aufhört Gläubiger zu sein und derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an dessen Stelle tritt, und dass die Denunciation nur von Bedeutung ist für die Befugnis des Schuldners an den ursprünglichen Gläubiger mit befreiender Wirkung Zahlung zu leisten."

Diese Auffassung wird im Folgenden unserer Ausführung zu Grunde zu legen sein.

Aus der Entwickelung der Cession erklärt sich auch die Verschiedenheit der Quellenaussprüche über ihre Wirkung auf das für die Forderung bestellte Pfandrecht.

Das mandatum, das dem Dritten zur Geltendmachung der Hauptforderung erteilt wurde, enthielt nicht ohne weiteres auch die Ermächtigung zur Ausübung der dem Gläubiger zustehenden Nebenrechte. [1] Es waren dem procurator nur diejenigen Befugnisse eingeräumt, die er notwendig haben musste, um die Hauptforderung geltend machen zu können; so erklärt z. B. Ulpian den mit der Vindikation Beauftragten für ermächtigt, die actio ad exhibendum anzustellen, weil die Vorzeigung eine notwendige präparatorische Massregel für die Erhebung der Vindikation sein kann:

L 56 D de procur. 3,3:

ad rem mobilem petendam datus procurator ad exhibendum recte aget. [2]

Allein für die Ausübung des Forderungsrechts — für die Anstellung und Durchführung der persönlichen Klage aus dem Schuldverhältnis — bedarf

[1] Schmid a. a. O. I. S. 26f.

[2] cf. L 62 eod.

es an sich des Übergangs des Pfandrechts nicht. Daher ist in dem mandatum ad agendum nicht auch die Einräumung der Ausübung des Pfandrechts enthalten.

Aber der Gläubiger wird regelmässig aus dem der Cession zu Grunde liegenden Geschäft verpflichtet sein, dem procurator alle die Rechte abzutreten, die zur Sicherung der Forderung dienen. Denn die Absicht der Parteien, die sich mit der unvollkommenen Form des Prozessmandates behelfen müssen, geht dahin, dem procurator den Vermögenswert, den die Forderung darstellt, zuzuwenden; dies wird in vollem Umfang nicht schon dadurch erreicht, dass ihm die actio übertragen wird, sondern erst, wenn ihm auch die Ausübung der Nebenrechte eingeräumt wird. Daher ist der Gläubiger verpflichtet, dem Cessionar insbesondere auch die Pfandrechte zu übertragen.

Auf diesem Standpunkt stehen die einschlägigen Stellen der Digesten. So sagt Paulus in L 6 D de her. vel act. vend. 18, 4 für den Forderungskauf:

emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet eius quoque quod postea venditor accepit; nam beneficium venditoris prodest emptori.

Ähnlich heisst es in L 23 pr. D eod.:

venditor actionis .... omne ius, quod ex ea causa ei competit, ... cedere debet.

In dem Fall, dass der mit einem Universalfideikommiss beschwerte Erbe für eine Erbschaftsforderung ein Pfand empfangen hat, giebt Maecianus dem Fideikommissar gegen den Erben eine actio auf Cession der Pfandklage:

L 75 D ad S. C. Trebell. 36, 1:

ex fidei commisso tamen habet adversus heredem actionem, ut ei cedat pro pignoris commodo actionem.

In einer Constitution vom Jahre 223 erklärt der Kaiser Alexander Severus den Bürgen, der die Schuld bezahlt, für berechtigt vom Gläubiger nicht nur die Cession der Forderung, sondern auch Übertragung der Pfandrechte zu verlangen:

L 11 § 1 C de fide juss. VIII, 40:

potuisti sane, cum fisco solveris, desiderare, ut ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris; quod et in privatis debitis observandum est.

Die Bedeutung einer Constitution von Gordian von 239 ist streitig; sie lautet:

L 14 C de fideiuss. VIII, 40:

mandati actio personalis est; quae si nomine fideiussoris vel adversus debitorem seu heredes eius competit, praeses provinciae, quae debere compererit, reddi iubebit. pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione solutio celebrata est, vobisque mandatae sint actiones. Quod si factum est, ea quoque vobis persequentibus adversus possessores extraordinariam iurisdictionem idem vir clarissimus impertiet.

Mühlenbruch[1]) führt diese Stelle als Beweis dafür an, dass die Ausübung des Pfandrechts dem Cessionar auch ohne besondere Übertragung zustehe, und bezieht sie demnach auf den späteren Rechtszustand; er beruft sich namentlich auf die Worte „pignora transeunt" und versteht unter den mehreren cedierten Klagen mehrere Hauptforderungen.

Anderer Meinung, und wohl mit Recht, ist Schmid;[2]) er bezieht den Pluralis „mandatae actiones" auf die actio ex stipulatu und die actio

[1]) Cession § 44 not. 552.

[2]) Cession I S. 18f.

hypothecaria. Den Einwand, der Pluralis sei gesetzt, weil von mehreren Erben des Schuldners oder mehreren Cessionaren die Rede sei, beseitigt er einmal mit dem Hinweis, dass nach der Aufschrift das Reskript nur an eine Person, den Salvius, gerichtet ist, und dann besonders damit, dass in den Basiliken auch von einer Mehrheit von actiones, aber immer nur von einem Schuldner und einem Cessionar gesprochen wird. Diese Ansicht hat hienach die grössere Wahrscheinlichkeit für sich. Die Stelle besagt nur, dass das Pfandrecht übergeht, wenn die Hauptklage aus der Forderung und die actio hypothecaria cediert sind.

Aus den angeführten Stellen ergiebt sich mit Bestimmtheit für das ältere Recht, dass das Pfandrecht nicht auf den Cessionar überging, weil die actio cediert war, sondern dass der Gläubiger ex causa cessionis verpflichtet war, es zu übertragen, und zwar ohne dass diese Verpflichtung besonders übernommen zu sein braucht; es bedarf vielmehr einer ausdrücklichen Vereinbarung, um ihn davon zu befreien:

L 23 D der her. vel act. vend. 18, 4:

venditor actionis .... omne ius, quod ex ea causa ei competit, ... cedere debet, nisi aliud actum est.

Über die Wirkung einer solchen Abmachung wird unten genauer zu sprechen sein.

Eine andere Gestaltung haben dem in Frage stehenden Rechstverhältnisse die Kaiser Diocletian und Maximinian in zwei Constitutionen vom Jahre 293 gegeben. [1])

---

[1]) Windscheid II § 332 A. 8. Mühlenbruch a. a. O. § 44 not. 552. § 28 not. 210. Schmid a. a. O. I S. 27.

Die Stellen lauten:

L 6 C de oblig. IV, 10:

si in solutum nomen debitoris sui tibi debitor dedit tuus ac te in rem tuam procuratorem fecit, pignora, quae specialiter vel generaliter habes obligata, persequere.

L 7 C eod.

si a creditore nomen comparasti, ea pignora, quae venditor nominis consequi posset, apud praesidem provinciae vindica, nam si debitum ex eius persona res obligatas tenentes non transferant, iure communi pignora distrahere non prohiberis.

Es wird hier dem Cessionar schon deswegen, weil ihm die Hauptforderung abgetreten ist, die actio hypothecaria gegeben, ohne dass es einer besonderen Übertragung derselben bedarf. Man kann die Reskripte ja als eine blosse Auslegungsregel für das mandatum ad agendum auffassen, so dass eine stillschweigende Cession der hypothekarischen Klage angenommen werden sollte,[1]) aber man kann darin auch eine Annäherung an die heutige Auffassung von der Cession und ein Zeugnis dafür erblicken, dass die Römer an dem Dogma von der Unübertragbarkeit des Forderungsrechts nicht so schroff festgehalten haben: denn es wird hier bestimmt, dass der Cessionsakt dem Cessionar nicht nur die actio übertragen soll, sondern die Forderung in ihrem ganzen Umfang; der Cessionar soll alle Rechte, die der Gläubiger wegen der Forderung hatte, schon durch den Cessionsakt erlangen, nicht nur die Übertragung verlangen können.

In Folge dieser Stellen lehren auch diejenigen, die die Ansicht vertreten, die Cession gewähre nur

[1]) So Schmid a. a. O. I S. 27.

die Ausübung eines fremden Rechts, dass dem Cessionar unmittelbar mit der Cession die Ausübung des Pfandrechts zustehe. [1])

Für die herrschende Meinung, die in der Cession den Übergang des Forderungsrechts sieht, ist der unmittelbare Erwerb des Pfandrechts, ganz abgesehen von den Quellen, eine zwingende Konsequenz ihrer Lehre. Er ergiebt sich aus der accessorischen Natur des Pfandrechts, das, von Ausnahmefällen abgesehen, keine rechtliche Selbständigkeit in sich hat, sondern nur für die Sicherung der Forderung existiert, wie es ja auch von Ulpian als accessio bezeichnet wird. [2]) Gerade wie bei der Tradition auch das Eigentum an den Accessionen der tradierten Sache auf den Erwerber übergeht, ohne dass es hiezu einer besonderen Tradition bedürfte, so muss auch der Erwerber des Forderungsrechts unmittelbar in die accessorischen Rechte der Forderung eintreten; dem Cedenten steht keine Forderung mehr zu, es ist unmöglich, dass er noch ein Pfandrecht haben sollte, das nur für die Forderung bestehen kann.

§ 3.

Die Wirkung der Cession auf das Faustpfandrecht insbesondere.

Bisher ist ganz allgemein von dem Übergange des Pfandrechts gesprochen; hier handelt es sich um eine specielle Art, das Faustpfandrecht. Dieses wird unter Übertragung des Besitzes an der ver-

[1]) Mühlenbruch a. a. O. S. 477. Schmid a. a. O. I S. 28.

[2]) L 43 D de solut. 46, 3:

in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, ut puta adpromissores, hypothecae, pignora.

pfändeten Sache begründet. Es fragt sich nun, ist bei dem Faustpfande das Pfandrecht selbst mit dem Besitze der Sache so eng verknüpft, dass es ohne ihn nicht übertragen werden kann, oder ist es möglich, dass das Pfandrecht auf den Cessionar übergeht, ohne dass ihm der Besitz der Sache eingeräumt wird?

Nach germanischen Rechtsanschauungen müsste die Entscheidung dahin gehen, dass der Cessionar durch die blosse Übertragung der Forderung noch kein Pfandrecht erwerben kann; denn das deutsche Recht kennt an beweglichen Sachen nur eine Begründung des Pfandrechts durch Übertragung des körperlichen Besitzes.[1]) Das Recht ist mit dem Besitze derartig verbunden, dass der Gläubiger sein Pfandrecht verliert, wenn er den Besitz freiwillig aufgiebt, oder, wie ein Rechtssprüchwort sagt: „Mit der Hand stirbt das Pfand."

Daher kann der Cessionar ohne Besitz kein Pfandrecht erlangen; allerdings würde wohl ein constitutum possessorium genügen,[2]) um ihm das Pfandrecht zu übertragen, da nicht der Verpfänder, sondern ein Dritter — der Cedent — die Innehabung ausübt, dem Erfordernis der Publizität, das in dem Ausschluss der Verpfändung durch ein constitutum liegt, also entsprochen ist. Allein es ist zunächst die Gestaltung des Rechtsverhältnisses in dem Falle zu prüfen, dass bei der Cession zwischen den Parteien über das Pfand nichts ausgemacht ist; welche Bedeutung die bei der Abtretung der Forderung möglichen Vereinbarungen über das Pfand haben, wird später zu erörtern sein.

[1]) Beseler, deutsches Privatrecht I § 104; Stobbe, deutsches Privatrecht II § 154, 3.

[2]) Meibom, deutsches Pfandrecht S. 318.

In zahlreichen Partikulargesetzen, so auch im preussischen Allgemeinen Landrecht,[1]) ist entsprechend dem deutschen Recht die Begründung eines Pfandrechts an Mobilien an die reale Übertragung des Besitzes geknüpft; aber als gemeines Recht ist dies nicht anzusehen, da unzweifelhaft das römische Pfandrecht und mit ihm die Mobiliarhypothek recipiert ist. Es könnte demnach der Cedent ein Pfandrecht erwerben, auch ohne dass ihm der Besitz übertragen ist.

Aber es ist eine wohl aufzuwerfende Frage, ob nicht auch nach römischem Recht, das Faustpfand insoweit ein von der Hypothek getrenntes Institut ist, dass, wenn das Pfandrecht einmal unter Übertragung des Besitzes begründet ist, es auch nur durch Einräumung des Besitzes weiter gegeben werden kann, so dass eine Trennung der in ihm liegenden Elemente — des dinglichen Pfandrechts und des Pfandbesitzes — begrifflich ausgeschlossen wäre.

Allein dies dürfte sich für das römische Recht in keiner Weise bestätigen. Allerdings zeigt die ursprüngliche Form des pignus — von der altnationalen Verpfändung durch mancipatio cum fiducia kann hier abgesehen werden — eine ähnliche Erscheinung wie das germanische Recht: es entsteht durch Besitzübertragung, und mit dem Besitzverlust ist die Sicherung für die Forderung dahin. Dies erklärt sich aber nicht daraus, dass das Pfandrecht mit dem Besitz unlösbar verknüpft ist, sondern daher, dass es überhaupt noch kein dingliches Pfandrecht giebt; das pignus ist blosse Einräumung des Besitzes. Der Verpfändungszweck wird dadurch erreicht, dass mit der Besitzübertragung ein Real-

[1]) A. L. R. I, 20 §§ 7, 104, 105. Dernburg, Preussisches Privatrecht I § 354.

kontrakt abgeschlossen wird, aus dem persönliche Klagen zwischen den Kontrahenten in Bezug auf das Pfand entstehen. Dritten gegenüber ist der Pfandgläubiger zwar durch die possessorischen Interdikte geschützt, aber wenn dieser Schutz versagt, so ist es um seine Sicherung geschehen. Die Verfolgbarkeit des Rechtes jedem Dritten gegenüber, die gerade das Wesen des dinglichen Rechts ausmacht, zeigt diese Verpfändungsform noch nicht. Es fehlt eben die dingliche Klage.

Deren Ursprung ist aber nicht darauf zurückzuführen, dass die Stellung des Pfandbesitzers verstärkt wurde,[1]) so dass etwa aus dem Pfandreal kontrakt dingliche und persönliche Klagen entstehen sollten, sondern sie hat sich unabhängig von der Verpfändung durch Besitzeinräumung in Verhältnissen entwickelt, in denen die durch das ältere gegebenen Verpfändungsformen dem Bedürfnis nicht entsprechen konnten, nämlich bei der Pacht und Miete.[2]) Die mancipatio cum fiducia reichte hier nicht aus, da sie einmal nur denen zugänglich war, die das ius commercii hatten, und dann auch dem Schuldner ein dingliches Rückforderungsrecht fehlte. Zu der Verpfändung durch Besitzübertragung konnte sich der Pächter auch nicht verstehen, da in der Regel sein Inventar das Einzige sein mochte, was er besass, und er dies unmöglich aus der Hand geben konnte. So half man sich durch einen blossen Pfandvertrag; dieser gewährte anfangs auch noch kein dingliches Recht, der Vermieter und Verpächter konnte den Schuldner nur an dem Wegzug mit den verpfändeten Sachen hindern. Zu ihrer Sicherung stellte der Prätor zuerst das interdictum Salvianum und dann die actio Serviana, die dingliche Pfand-

[1]) Wie Löhr, Magazin, Band 3 S. 134 annimmt.
[2]) Dernburg, Pfandrecht I § 5.

klage auf. Erst hiemit ist das Pfandrecht als dingliches Recht an einer fremden Sache geschaffen. [1]) Seine Entstehung ist an keine Form gebunden, es genügt ein einfaches pactum. Die Klage wurde dann als quasi Serviana oder hypothecaria auch bei Pfandverträgen in andern als Miet- und Pachtverhältnissen gegeben, und auch bei der Verpfändung durch Besitzeinräumung, wie sich aus § 7 J de action. IV, 6 ergiebt:

inter pignus et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest.

In dem Pfandrealkontrakt, der nur persönliche Verpflichtungen begründet, gilt die nuda conventio als enthalten, die das dingliche Recht entstehen lässt. Das Pfandrecht mit Besitz ist aber begrifflich kein anderes Recht als das ohne Besitz. Puchta sagt hierüber: [2]) „Zwischen pignus und hypotheca ist kein Unterschied in Beziehung auf ihre Eigenschaft als Pfandrecht; was sie unterscheidet, berührt nicht das Pfandrecht selbst unmittelbar, sondern der Unterschied besteht in einem Accessorium, dem Hinzukommen des Besitzes.“ [3])

So heisst es ja auch bei Marcian in

L 5 § 1 D de pign. 20, 1:

inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.

Auch werden in den Quellen pignus und hypotheca, die technischen Ausdrücke für Pfandrecht mit und ohne Besitz, durchaus promiscue gebraucht, [4]) z. B.

L 13 § 1 D de pign. 20, 1:

Statuliber quoque dari hypothecae potest, licet condicione existente evanescat, pignus.

[1]) cf. Bachofen, Pfandrecht S. 27 ff.

[2]) Vorlesungen I S. 377.

[3]) cf. Gesterding, Pfandrecht § 1. Stölzel, Faustpfand im Archiv f. d. civil. Praxis, besonders S. 263, 385.

[4]) Stölzel a. a. O. S. 255—263.

Dies wäre bei einer begrifflichen Verschiedenheit des Pfandrechts in beiden Formen undenkbar. Zu dem existierte auch für das Pfandrecht ohne Besitz ursprünglich nur die Bezeichnung pignus. Denn Julian ist der älteste der römischen Juristen, bei dem sich das Wort „hypotheca" und zwar nur einmal [1]) findet;. zu seiner Zeit wird daher wohl der Gebrauch dieses Wortes aufgekommen sein. [2]) Das Institut ist aber jedenfalls älter, da die actio Serviana im prätorischen Edikt aufgestellt ist und dies durch Julian seinen Abschluss gefunden hat. Dernburg versetzt es sogar schon in die Zeit nach dem zweiten punischen Kriege. [3])

Die Besitzübertragung ist kein wesentliches Erfordernis für die Begründung des Pfandrechts, auch wenn die Parteien beabsichtigten, ein Faustpfandrecht zu schaffen; das ergiebt sich aus

L 1 pr. § 1 D de pigner. action. 13, 7:

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. § 1 Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

Hier wollten die Parteien offenbar ein Faustpfandrecht begründen; denn die Übergabe ist sofort erfolgt. Aber der Realkontrakt kam nicht zustande, da ein anderes Objekt übergeben wurde, als das, worüber die Parteien konsentierten. Trotzdem entsteht ein Pfandrecht an der Sache, an der es begründet werden sollte. Denn der erforderliche, auf

[1]) L 33 § 4 D de usurp. 41, 3.
[2]) Stölzel a. a. O. S. 258.
[3]) Pfandrecht I S. 66.

Konstituierung eines Pfandrechts gerichtete Konsens der Parteien war vorhanden und mit ihm wurde das Pfandrecht existent, gleichviel ob die beabsichtigte Besitzübertragung vor sich ging oder nicht. Wäre beim Faustpfand das Recht mit dem Besitz unlöslich verknüpft, so dass das Pfandrecht beim Faustpfand begrifflich etwas anderes wäre, als bei der Hypothek, so hätte Ulpian hier, wo die Parteien ein Faustpfand begründen wollten, die Besitzübertragung aber nicht erfolgt ist, entscheiden müssen, dass kein Pfandrecht entstanden ist. Allein er entscheidet anders, da der Besitz des Gläubigers eben auch bei dem Faustpfandrecht durchaus nebensächlich ist; er hängt mit dem Bestande des Rechts in keiner Weise zusammen. Der Gläubiger kann den Besitz der Sache freiwillig aufgeben und bleibt dennoch pfandberechtigt, ausser wenn hiemit ein Erlass des Pfandrechts verbunden ist.

Das Pfandrecht wird nicht durch die Besitzübertragung begründet, sondern diese ist ein begleitender Umstand, dessen Fehlen dem Entstehen des Rechtes keinen Eintrag thut. Die sofortige Besitzübertragung hat zwar auch Wirkungen, aber diese bestehen nicht in der Konstituierung des dinglichen Pfandrechts, sondern in den persönlichen Rechten und Pflichten der Kontrahenten.

Das römische Recht kennt hienach eine so enge Verbindung von Recht und Besitz, wie sie das deutsche handhabende Pfand zeigt, nicht. Windscheid[1]) bezeichnet die Bedeutung des römischen Faustpfandes treffend mit den Worten: „Unwesentlich, aber verträglich mit dem Pfandrecht, ist sofortiger Besitzübergang auf den Gläubiger."

Hienach steht dem nichts im Wege, dass das Pfandrecht auf den Cessionar mit der Cession der

[1]) Pandekten I § 224 Anm. 3.

Forderung übergeht, ohne dass es dazu der Aushändigung der Pfandsache bedarf, auch wenn bei seiner Begründung der Besitz dem Gläubiger sofort übertragen ist.

Der Cessionar hat durch die Cession die actio hypothecaria erhalten, und zwar, wie unten näher zu erörtern ist, in der Form, dass er sofort mit ihr den Besitz erlangen kann und nicht etwa bis zur Fälligkeit der Schuld und Nichtzahlung seitens des Schuldners warten muss, wie ein Hypothekar; und eben so hat er auch die dem entwickelten römischen Pfandrecht inhärierende Befugnis erworben, sich im Falle, dass die Schuld bei der Fälligkeit nicht erfüllt wird, durch den Verkauf der Sache Befriedigung zu verschaffen.

Ob das dingliche Recht des Cessionars ohne den Besitz der Sache auch im Falle des Konkurses des debitor cessus dessen Gläubigern gegenüber Wirksamkeit hat, wird besser erst dann zu besprechen sein, nachdem die Besitzverhältnisse am Pfande klar gestellt sind, da gerade die den Besitz betreffenden Fragen von besonderer Wichtigkeit für die Geltendmachung des Pfandrechts im Konkurse sind.

§ 4.

Die Bedeutung der causa cessionis für den Übergang des Pfandrechts.

Die Cession ist ein Rechtsgeschäft, das sich gerade wie die Tradition in der Regel als die Erfüllung einer Verpflichtung des Übertragenden darstellt. Es ist zu prüfen, welchen Einfluss die verschiedenen Gestaltungen der causa cessionis auf den Übergang des Pfandrechts haben.

Nach den bisherigen Ausführungen ergiebt sich schon, dass sie dafür unwesentlich sind: denn nach heutigem Recht folgt das Pfandrecht bei der Cession ipso iure dem Forderungsrechte und daher kann es keine Bedeutung haben. ob der Cedent zu der Abtretung durch ein entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft oder durch Gesetz verpflichtet ist; auch wenn der Forderungsübergang unmittelbar auf Gesetz beruht, ergreift er notwendig auch das Pfandrecht.

Es ist nicht erforderlich, dass zwischen den Parteien die Übertragung des Pfandrechts ausgemacht ist; ja, der Cessionar erwirbt das Pfandrecht sogar dann, wenn er von seinem Bestehen gar nichts gewusst hat; es ist nicht nötig, dass er den Willen fasst, das Pfandrecht zu erwerben, es genügt, dass er der Berechtigte aus der Forderung werden will, um auch die accessorischen Rechte zu erhalten.

Es ist aber möglich, dass die Kontrahenten das Pfandrecht von der Übertragung ausschliessen; denn wenn der Cedent nur die Forderung abtreten und der Cessionar sie ohne das Pfandrecht erwerben will, so liegt kein rechtlicher Grund vor, einen Übergang des Pfandrechts entgegen dem Willen der Parteien anzunehmen. So heisst es auch in

L 23 pr. D de her. vel. act. rend. 18, 4:

venditor actionis .... omne ius, quod ex ea causa ei competit, ... cedere debet, nisi aliud actum est.

Ein Ausschluss des Pfandrechts von der Cession darf nicht schon dann angenommen werden, wenn der Cedent nur den Willen hat, die Forderung ohne das Pfandrecht abzutreten und der Cessionar sich den Übergang auch des Pfandrechts nicht besonders zusichern lässt, sondern das Pfandobjekt in der

Hand des Cedenten lässt. Es bedarf vielmehr einer ausdrücklichen Vereinbarung unter den Parteien, um das Pfandrecht von der Cession auszuschliessen.

Was nun die Wirkung einer solchen Abmachung anbetrifft, so findet sich in den Quellen darüber keine Auskunft. Es ist hier für die Auffassung des klassischen Rechts und die heutige von der Natur der Cession ein Unterschied zu machen.

Nach klassischem Recht blieb der Cedent der Gläubiger, ihm stand das Forderungsrecht noch zu; daher konnte er auch Inhaber des Pfandrechts bleiben, wie er ja sogar nach der Cession noch Pfandrechte für die Forderung erwerben konnte:

L 6 D her. vel act. vend. 18, 4:

emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, eius quoque quod postea venditor accepit.

Der Cedent ist hienach zwar zur Übertragung eines später erworbenen Pfandrechts verpflichtet, aber es wird jedenfalls bezeugt, dass er auch nach der Cession ein Pfandrecht haben kann. Er kann es allerdings nicht mehr dazu verwerten, sich für die Forderung, deren Ausübung er abgetreten hat, Befriedigung zu verschaffen;[1]) denn dadurch würde er ihren Untergang herbeiführen und sich dem Cessionar ersatzpflichtig machen, da er ihm alles herauszugeben schuldig ist, was er nach der Cession auf die Forderung einnimmt.

L 23 § 1 D de her. vel act. vend. 18, 4:

nominis venditor, quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur.

Aber er erhält sich im Falle einer Antichresis den Genuss der Nutzungen des Pfandes und hat

[1]) Dernburg, Pfandrecht I S. 561.

ausserdem, da er im Besitze der Sache bleibt, das Gordianische Retentionsrecht wegen seiner chirographarischen Forderungen gegen den Schuldner.[1])

Die Absicht des Cedenten bei dem Vorbehalt des Pfandrechts kann auch dahin gehen es erlöschen zu lassen. Es endet dann zwar nach älterem Recht nicht schon durch den Ausschluss von der Cession, da der Cedent ja noch ein Pfandrecht haben kann, aber dieser ist nicht durch Verpflichtungen dem Cessionar gegenüber gehindert, es durch acceptierten Verzicht endigen zu lassen.

Nach heutigem gemeinen Recht ist ein Fortbestand des Pfandrechts bei dem Cedenten nach der Cession nicht möglich; denn der Cedent hat kein Forderungsrecht mehr, wie sollte er ein Pfandrecht haben können, das seinem Wesen und Zweck nach ohne die Forderung, zu deren Sicherung es bestimmt ist, nicht existieren kann? Die nothwendige Wirkung des Ausschlusses des Pfandrechts von der Cession ist sein Untergang, auch wenn die Parteien den Fortbestand in der Hand des Cedenten beabsichtigten. Ging ihr Wille auf Vernichtung des Pfandrechts, so ist nach heutigem Recht ein Erlass durch den Cedenten nicht erforderlich, da es ipso iure mit der Trennung von der Forderung erlischt.

§ 5

Die Bedeutung der causa cessionis für die Haftung des Cedenten.

Wenn nun auch Verschiedenheiten der causa cessionis für den Übergang des Pfandrechts bedeutungslos sind, so sind sie doch von Wichtigkeit für die Art der Haftung des Cedenten für das Pfandrecht.

[1]) cf. § 12.

Die Haftung für die Forderung richtet sich, wie jetzt allgemein anerkannt wird,[1]) nach der causa cessionis. Dasselbe ist anzunehmen, wenn ein Pfandrecht ausdrücklich übertragen wird; denn auch hier lassen sich aus der Übertragung an sich keine Verpflichtungen des Cedenten ableiten, sondern nur aus der causa, welche der Cession des Forderungsrechts und des Pfandrechts vorhergeht.

Gehen wir zunächst von dem Normalfall, dem Verkaufe der Forderung aus, dessen Regeln für alle entgeltlichen Veräusserungen anwendbar sind.[2])

Hat der bisherige Gläubiger bei der Cession die Forderung als pfandrechtlich gesicherte bezeichnet, so haftet er für das Pfandrecht, wie für die Forderung selbst: er ist dafür verantwortlich, dass das pignus verum, nicht dafür, dass es bonum ist[3]) d. h. er hat für den rechtlichen Bestand des Pfandrechts einzustehen, nicht dafür, dass der eventuelle Erlös der Sache die Forderung deckt, und auch nicht dafür, dass ihm die Sache an erster Stelle verpfändet ist.

Streitig ist hier, ob der Cedent haftet, wenn die verpfändete Sache nicht dem Verpfänder gehörte und dem Cessionar evinciert wird. Dies verneint Holzschuher:[4]) der Cedent soll nur „für die faktische Wirklichkeit, nicht für die rechtliche Gültigkeit der Verpfändung“ haften; der Cessionar könne den rechtlichen Bestand des Pfandrechts ja selbst bei der Cession untersuchen, wenn der Cedent es in gutem Glauben nicht für nötig gehalten habe;

[1]) Windscheid II § 336 Anm. 3. Dernburg, Pandekten II § 52. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 8 S. 108.

[2]) Dernburg, Pandekten II § 52 a. E.

[3]) arg. L 4 u. 5 D de her. vel act. vend. 18, 4; L 74 § 3 D de evict. 21, 2.

[4]) Kasuistik II S. 430 f.

derselben Ansicht sind auch Westphal,[1] Cocceji[2] und G. L. Böhmer.[3] Sie stützen sich besonders auf die Worte von Paulus in

L 30 D de pign. 20, 1:

periculum pignorum nominis venditi ad emtorem pertinere, si tamen probetur eas res obligatas fuisse.

Hieraus geht aber nicht hervor, dass der Cedent nur einen rechtsgültig zustande gekommenen Verpfändungsakt nachzuweisen habe. Die Worte „eas res obligatas fuisse" bedeuten nicht, „dass in Bezug auf die Sache ein Pfandvertrag abgeschlossen ist", ohne dass es darauf ankommt, ob dieser ein Pfandrecht erzeugen konnte, sondern „dass die Sachen wirklich Gegenstand eines Pfandrechts geworden seien." Das ist aber nicht der Fall, wenn die Sachen dem Verpfänder nicht gehörten[4] und er zu ihrer Verpfändung nicht befugt war. Auch bezeichnen die Worte „periculum pignorum" nicht die Gefahr der Eviktion, sondern die Gefahr, dass der Wert des Pfandes die Forderung nicht deckt,[5] und diese hat der Cessionar zu tragen.

Auch die Verweisung darauf, dass der Gläubiger beim Pfandverkauf nicht für Eviktion zu haften braucht:

is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest,[6] kann die aufgestellte Behauptung nicht erhärten. Denn die Gründe, die dafür sprechen, beim Pfandverkauf die Entwehrungsverbindlichkeit auszuschliessen, treffen bei der Cession nicht zu. „Der Pfandverkauf", so

[1] Verpfändung fremder Güter § 9.

[2] Jus controvers. civ. ad tit. D. de distr. pign. 20, 5 qu. 5.

[3] Rechtsfälle, Bd. 2 Abt. 2 Num. 162, 19—33.

[4] L 6 C si aliena res VIII, 15.

[5] cf. Dernburg, Pfandrecht I S. 564.

[6] L 10 D de distr. pign. 20, 5. — cf. L 1 u. 2 C cred. evict. pign. VIII, 45.

führt Dernburg[1]) aus, „bildet das letzte Mittel, durch welches der Creditor — genötigt durch die Nichtleistung von Seiten des Schuldners — eine schliessliche und endliche Bereinigung des Geschäftes erzielt. Die Cession seines Rechts ist hingegen ein spontaner Akt des Cedenten, bei dem die billige Rücksicht, die man auf den Gläubiger beim Pfandverkauf zu nehmen pflegte, nicht notwendig war."

Der Meinung Holzschuher's dürfte daher nicht beizutreten sein; der Cedent haftet vielmehr, wenn er die Forderung als pfandrechtlich gesicherte verkaufte, für das Bestehen des Pfandrechts und daher auch dafür, dass die Sache dem Verpfänder gehörte,[2]) oder wenigstens, dass dieser sie zu verpfänden befugt war.

Andererseits will Cocceji[3]) den Cedenten auch dafür einstehen lassen, dass seinem Pfandrecht kein anderes vorgehe, indem er sich wieder auf den Pfandverkauf[4]) beruft und hinzufügt: „aequitati congruum esse videtur, quia creditor quidem rem ipsam suo nomine non vendit, ... at pignus i. e. ius in re suo nomine vendit indeque merito eius evictionem praestare debet." Auch dies kann nicht zutreffend sein: denn einmal findet eine evictio iuris gar nicht statt, wenn sich herausstellt, dass dem Cessionar ein anderer vorgeht: er behält auch dann ein Pfandrecht, wenn es auch weniger gut ist; aber für die Güte haftet der Cedent nicht. Sodann ist auch für die Regel des Pfandverkaufs hier kein Platz: der nachstehende Pfandgläubiger darf nicht

[1]) a. a. O. S. 563.

[2]) So auch Mühlenbruch a. a. O. S. 626 not. 194, Dernburg, a. a. O. S. 562 ff.

[3]) a. a. O. qu. 5.

[4]) L 1 i. f. C credit. evict. pign. VIII, 45.

verkaufen,[1]) daher muss der verkaufende Pfandgläubiger dafür einstehen, dass er prior creditor ist; der cedierende Pfandgläubiger hat aber diese Verpflichtung nicht; denn es steht dem nichts im Wege, dass auch ein nachstehender Pfandgläubiger sein Recht, das nicht minder ein Pfandrecht ist, wie das des vorstehenden, cediere. Zur rechtlichen Existenz gehört es nicht, dass das Pfandrecht das erste ist.[2])

Hat der Cedent beim Verkauf die Suffizienz oder den Vorrang des Pfandrechts besonders zugesichert, dann haftet er auch hierfür; und ebenso würde er sich durch dolus verantwortlich machen.

Ist dagegen bei der Cession zwischen den Kontrahenten von einem Pfandrecht gar nicht die Rede gewesen, dann haftet der Cedent für dieses überhaupt nicht, gleichviel ob der Cessionar es gekannt hat oder nicht. Denn der Cedent hat nur für die rechtliche Existenz der Forderung einzustehen; dazu gehört aber nicht, dass sie pfandrechtlich gesichert ist. Hiefür dürfte auch L 68 § 1 D de evict. 21, 2 sprechen, obwohl dort von einer Delegation die Rede ist und es daher einer Erneuerung der Pfandrechte unter Mitwirkung des Schuldners bedarf; denn die Haftung richtet sich nach dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, mag die Übertragung der Forderung durch Cession oder Delegation stattfinden:

Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit, evictis pignoribus, quae prior creditor accepit, nullam actionem cum eo, qui liberatus est, habebit.

Hier ist offenbar bei der Delegation nur von dem nomen debitoris gesprochen und daher macht

[1]) L 8 C qui pot. VIII, 17, L 1 D de distr. pign. 20, 5 Dernburg a. a. O. II S. 482 ff.

[2]) Dernburg a. a. O. I S. 564.

Papinian den Delegierenden nicht für die Pfandrechte verantwortlich.[1])

Ist die causa cessionis ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, dann haftet der Cedent auch dann nicht für das Pfandrecht, wenn er die Forderung als pfandrechtlich gesicherte bezeichnet hat. Denn der Schenker haftet ja auch für die rechtliche Existenz der Forderung nur, wenn er sich dolus oder culpa lata zu Schulden kommen lässt,[2]) und er kann für das Pfandrecht nur unter denselben Voraussetzungen verantwortlich gemacht werden, wie für die Forderung.

Das gleiche gilt für den Fall, dass die Cession in Folge einer gesetzlichen Verpflichtung dazu geschah z. B. wenn der beklagte Bürge vom beneficium cedendarum actionum Gebrauch gemacht hat.

II. Der Pfandbesitz.

§ 6.

Der Besitz des Cedenten und seine Verpflichtung zur Herausgabe des Pfandes an den Cessionar.

In Folge der Cession der Forderung hat der Cedent kein Pfandrecht mehr an der Sache; hat er dadurch auch den Besitzesschutz, der ihm als Pfandgläubiger gewährt wird, verloren? Die Frage wird zu verneinen sein. Es kann nicht in Betracht kommen, dass der Cedent das Recht, um dessen Willen sein Besitz geschützt wird, nicht mehr hat. Denn ihm stehen die Interdikte nicht zur Erhaltung seines Rechts zu — hiefür hat er die actio pigneraticia in rem —, sondern zur Erhaltung der thatsächlichen

[1]) cf. Dernburg, Pfandrecht I S. 563.

[2]) Windscheid II § 366. L 18 § 3 D de donat. 39, 5.

Herrschaft über die Sache. Dadurch, dass er das Recht auf den Besitz verliert, ändert sich in dem Besitzschutz nichts, denn hiefür sind allein Änderungen in den Voraussetzungen des Besitzes — corpus und animus — von Bedeutung. Der Cedent verliert demnach den Besitzschutz nur, wenn er entweder die thatsächliche Inhabung oder den animus possidendi aufgiebt.

Wenn er nun nach der Cession das Pfand noch in Händen behält, so ist in dem Erfordernis des corpus keine Änderung eingetreten; und auch der zur Erhaltung des Besitzes erforderliche animus wird ihm nicht abzusprechen sein. Denn selbst wenn er sich ganz gleichgültig zur Sache verhält, genügt dies zur Besitzerhaltung, da zum Besitzverlust erforderlich ist, dass er den Willen fasst und kundgiebt, die Sache nicht mehr für sich haben zu wollen. [1])

Auch in dem Falle, dass der Cedent die Sache als verpfändete weiter besitzen will, gleichviel aus welchem Grunde z. B. im Hinblick auf ein von ihm seiner Zeit auszuübendes beneficium Gordianum, behält er einen durch die Interdikte geschützten Besitz. Selbst wenn seine Absicht auf rechtswidrige Vorenthaltung oder gar Veruntreuung der Sache ginge, würde dies seinen Besitzstand nicht verändern, da ja auch der Dieb juristischer Besitzer ist.

Es ist auch möglich, dass der Cedent zwar die Inhabung der Sache behält, den Besitz aber dem Cessionar durch constitutum possessorium überträgt. Eine solche Gestaltung des Verhältnisses am Pfande hat thatsächlich insofern eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich, als sie dem rechtlichen Interesse des bisherigen Gläubigers dienlich ist. Denn einerseits

[1]) Windscheid I § 156, 2.

muss ihm daran liegen die körperliche Inhabung selbst zu behalten, da er dem Schuldner aus dem contractus pignoraticius für die Behandlung der Sache haftet,[1]) andererseits hätte er auf diese Weise seine Verbindlichkeit dem Cessionar gegenüber erfüllt.

In jedem Falle nämlich ist der Cedent zur Herausgabe des Besitzes an den Cessionar verpflichtet[2]) und kann dazu sowohl mit einer dinglichen wie mit einer persönlichen Klage gezwungen werden.

Denn er ist aus der causa cessionis, welcher Art diese auch sein mag, schuldig, den Cessionar in Bezug auf die cedierte Forderung in die Rechtslage zu versetzen, in der er selbst war; er muss ihm daher auch den Besitz des Faustpfandes übertragen. Andererseits steht er dem Cessionar jetzt auch als dritter Pfandbesitzer gegenüber und kann von ihm mit der actio pigneraticia in rem belangt werden; und zwar braucht der Cessionar mit deren Anstellung nicht zu warten, bis die Forderung fällig und er noch nicht befriedigt ist; denn er hat den Anspruch auf den Besitz der Sache in derselben Weise, wie ihn sein Rechtsvorgänger hatte; dieser hatte von dem Schuldner den Besitz der Sache sofort erhalten und hatte daher die Klage gemäss dem Willen des Verpfänders bei Verlust des Besitzes auch vor Fälligkeit der Forderung.[3])

Puchta[4]) vertritt allerdings die Ansicht, dass dem Faustpfandgläubiger die actio hypothecaria nur unter denselben Voraussetzungen zustehe wie dem Hypothekar; jener habe zwar stets das Recht zu

---

[1]) Genaueres im § 9.

[2]) Dernburg, Pandekten II § 52, 3.

[3]) Windscheid, Pandekten I § 235, 1, Dernburg, Pfandrecht II § 128 S. 295. Sintenis, Pfandrecht S. 54.

[4]) Vorlesungen § 215 Abs. 2.

besitzen, könne es aber nicht stets mit dieser Klage geltend machen; denn bei ihr komme jenes besondere Element des Faustpfands nicht in Betracht, weil sie nicht aus dem Faustpfande als solchem, sondern aus dem Rechte, hinsichtlich dessen Hypothek und Faustpfand gleich stehen, entspringe.

Dem ist zu entgegnen, dass jede dingliche Klage mit der Verletzung des dinglichen Rechtes, das sie schützen soll, anstellbar wird. Dem Hypothekar ist das Recht eingeräumt, im Falle der Nichtbefriedigung sich in den Besitz der Sache zu setzen. Ein seinem Rechte nicht entsprechender Zustand liegt erst vor, wenn er zu dieser Zeit das Pfand nicht hat, daher entsteht für ihn erst dann die actio hypothecaria. Der Faustpfandgläubiger hingegen soll nach dem Willen der Parteien den Besitz sofort und während der ganzen Zeit bis zur Tilgung der Schuld haben; sein Recht ist daher schon verletzt, sowie er nicht im Besitze ist, und er hat dann sogleich die dingliche Klage, um ihn zu erlangen. Demnach hat der Cessionar auch sofort die actio pigneraticia in rem gegen den Cedenten.

Beiden Klagen gegenüber kann der Cedent den Besitz zurückhalten, wenn ihm die Sache auch noch für andere Forderungen verpfändet ist und die Cession auf gesetzlicher Verpflichtung beruht.

L 2 C de fideiuss. VIII, 40:

Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit; quod cum facit, debet ius pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.

Die Constitution ist von Septimius Severus und Caracalla vom Jahre 207, spricht also noch

von dem älteren Rechtszustand, wo es zum Übergang des Pfandrechts auf den Cessionar einer besonderen Abtretung bedurfte; sie giebt dem Gläubiger das Recht, die Cession des Pfandrechts zu verweigern. Dies muss sich nach neuerem Recht, nach dem das Pfandrecht ipso iure der Forderung folgt, dahin abschwächen, dass er den Pfandbesitz zurückhalten darf.

Dernburg[1]) nimmt an, die Stelle spräche von dem Fall, dass ein und dasselbe Pfandrecht für mehrere Forderungen bestellt ist. Dann würde sie lediglich eine Konsequenz des Grundsatzes der Ungeteiltheit der Pfandhaftung enthalten und für das heutige Recht in vollem Umfange anwendbar sein: der Gegenstand der Pfandsicherung besteht dann aus einer Summe von Forderungen, und der Gläubiger hat das Recht, das ganze Pfandrecht bis zum letzten Reste seiner Forderungen in Anspruch zu nehmen; hierin kann er nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass der Bürge eine der Forderungen tilgt.

Aber die L 2 cit. dürfte dem Gläubiger ein weiter gehendes Recht verleihen. „Eadem pignora et hypothecas" heisst nicht nur „dieselben Pfandrechte", sondern auch „dieselben Pfandobjekte." Die hier gegebene Einrede greift demnach Platz, wenn für mehrere Forderungen an denselben Pfandobjekten verschiedene, etwa zeitlich aufeinanderfolgende Pfandrechte bestellt sind. Die ratio legis ist, dass ohne diese Einrede der Gläubiger bei Zahlung durch einen Bürgen einen Nachtheil dadurch erleiden würde, dass mit ihm nun ein anderer Pfandgläubiger konkurriert, dessen Recht den ihm ver-

---

[1]) Pandekten II § 80 Anm. 8. — Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 3 S. 183.

bliebenen Pfandrechten womöglich vorgeht. Dies soll nicht geschehen, damit der Gläubiger nicht schlechter steht, als wenn der Schuldner selbst gezahlt hätte. Nach heutigem Recht ist ein Verbleiben des Pfandrechts bei dem Gläubiger nicht möglich, aber man wird ihm noch das Recht zuzugestehen haben, den Besitz zurückzuhalten.

Mühlenbruch[1]) ist der Ansicht, die Stelle „könne unmöglich allein vom Bürgen verstanden werden", und will jedem Cedenten die Einrede aus der L 2 cit. geben. Wenn man jedoch die Verschiedenheit der Cession an den zahlenden Bürgen von der freiwilligen ins Auge fasst, dürfte sich die Ausdehnung auf alle Cessionen als nicht zutreffend erweisen.

Der Bürge verlangt die Cession in Folge eines beneficium, das auf dem Gedanken beruht, es sei in der Ordnung, dass der Gläubiger etwas übertrage, was ihm nichts mehr nützt und doch dem Zahlenden von grossem Vorteil ist.[2]) Allein diese Rechtswohlthat darf nicht soweit gehen, dass der Gläubiger dadurch schlechter gestellt wird, als wenn er direkt vom Schuldner Zahlung erhalten hätte: diesem gegenüber kann er das Pfand zurückhalten, wenn es ihm noch für andere Forderungen haftet, und darum soll er auch nicht gezwungen werden, es dem Bürgen auszuhändigen, so lange es ihm noch anderweit verpfändet ist.

Anders liegt der Fall bei der freiwilligen Cession, insbesondere bei der auf Grund eines Forderungskaufs: hier überträgt der Gläubiger nach seinem freien Willen die Forderung und mit ihr das Pfandrecht und verpflichtet sich dadurch zur Übergabe

[1]) Cession § 37 not. 404.

[2]) Dernburg, Pfandrecht II S. 367.

der Sache. Will er den Besitz wegen anderer Pfandrechte zurückhalten, so kann er dies mit dem Cessionar vor der Cession vereinbaren; hat er aber Forderung und Pfandrecht schlechthin abgetreten, dann kann er die Herausgabe der Sache nur weigern, wenn die ihm etwa ferner noch zustehenden Pfandrechte die Priorität vor dem cedierten haben: dann ist der Cessionar nachstehender Pfandgläubiger und kann als solcher von dem vorstehenden nicht die Besitzabtretung erwirken.

Eine Einrede aus L 2 C cit. hat der bisherige Gläubiger demnach nur in dem Falle, wenn die Cession in Folge einer gesetzlichen Verpflichtung geschieht.

Klagt der Cessionar mit der persönlichen Klage — in der Regel der actio empti — auf Herausgabe der Pfandsache, so kann ihm der Cedent nur Einreden aus der causa cessionis entgegenhalten.

Wenn der Cessionar aber mit der actio hypothecaria klagt, so fragt es sich, wie weit dem Cedenten die Einreden eines dritten Pfandbesitzers zustehen. Schützt er die exceptiones excussionis personalis oder realis vor, so kann ihm eine replica doli entgegengesetzt werden: denn er kann nicht verlangen, dass der Cessionar sich zuerst an den Schuldner oder etwaige Bürgen oder andere Pfänder hält, da er ihm ja zur Herausgabe des Pfandes obligatorisch verpflichtet ist.

Dagegen muss es dem Cedenten unbenommen sein, die Klage dadurch abzuwehren, dass er dem Cessionar Befriedigung für die Forderung anbietet; denn mehr kann dieser nicht wohl beanspruchen, als dass ihm gezahlt wird:

L 12 § 1 D quib. mod. pign. 20, 6:

qui pignoris iure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualis cumque

possessor offerre vellet: neque enim debet quaeri de iure possessoris, cum ius petitoris removeatur soluto pignore.

Das beneficium cedendarum actionum aber wird dem Cedenten nicht zu geben sein, wenn er den Cessionar wegen der Forderung befriedigt hat; denn dies steht nur dem rechtmässigen Besitzer zu: [1])

L 19 cf. D qui pot. in pign. 20, 4:

quaero, an si iustus possessor offerat, compellendus sit ius nominis cedere. respondi posse videri non iniustum postulare.

Als iustus possessor ist der Cedent nicht anzusehen, da er kein Recht auf den Besitz mehr hat.

Auch wegen Verwendungen auf die Sache kann er Gegenansprüche nicht erheben; denn da er sich zur Übergabe der Sache verpflichtet hat, so ist er schuldig, sie auszuhändigen, wie sie sich bei ihm befindet; was er vorher auf sie aufgewendet hat, kann er dem Cessionar nicht anrechnen. [2])

Hieraus ergiebt sich, dass die actio hypothecaria gegen den Cedenten fast denselben Effekt hat, wie die persönliche Klage: denn das Abfindungsrecht hat ohne beneficium cedendarum actionum keinen besonderen Wert; alle übrigen für einen andern dritten Pfandbesitzer relevanten Einreden verlieren aber bei dem Cedenten wegen seiner persönlichen Verpflichtungen ihre Kraft.

§ 7.

Die Stellung des Cedenten gegenüber dem Schuldner in Bezug auf den Pfandbesitz.

Da der Cedent nach der Cession kein Recht mehr auf den Besitz der Sache hat, könnte es den

[1]) Dernburg, Pfandrecht I S. 364 ff. Windscheid, Pandekten I § 235, 5.

[2]) Wohl aber dem Schuldner, § 11 am Schluss.

Anschein haben, als ob der Schuldner nun von ihm die Herausgabe des Pfandes erwirken kann. Allein der Cedent unterliegt weder der persönlichen noch der dinglichen Klage des Schuldners. Denn die actio pigneraticia directa wird erst mit der Erfüllung der Hauptobligation anstellbar, und der rei vindicatio oder actio Publiciana kann der Cedent entgegenhalten, dass ihm von dem Schuldner der Besitz bis zur Tilgung der Forderung anvertraut ist, und dass er die Sache daher nicht früher herauszugeben habe. Diese der actio pigneraticia contraria entsprechende exceptio verliert der Cedent durch die Cession nicht: er hat zwar kein Pfandrecht mehr, aber trotzdem können ihm aus dem contractus pigneraticus entstehende Rechte verbleiben. Es ist nicht erforderlich, dass ihm ein Pfandrecht zusteht, um ihn gegen die Vindikation des Schuldners zu schützen: dieser hat sich durch den Realkontrakt verpflichtet, dem Gläubiger die Sache bis zur Tilgung der Forderung zu überlassen und an dieser Verpflichtung wird dadurch nichts geändert, dass der Gläubiger sein Pfandrecht auf eine andere Person übertragen hat. Der Cedent hat zwar kein Recht mehr auf den Besitz und könnte eventuell die Sache vom Schuldner weder mit der dinglichen Pfandklage noch mit der persönlichen Pfandgegenklage verlangen, weil diese jetzt dem Cessionar zustehen, aber er hat noch das Recht, dass ihm die Sache vom Schuldner nicht genommen wird.

Das Verhältnis des Gläubigers zum Pfande nimmt demnach in Bezug auf den Besitz durch die Cession der Forderung folgende Gestaltung an: jedem Dritten gegenüber ist er durch die possessorischen Interdikte, aber nicht mehr petitorisch geschützt; dem Cessionar ist er obligatorisch zur Übertragung des Besitzes verpflichtet und unterliegt

ausserdem der actio hypothecaria; dem Schuldner kann er bei einer Vindikation die Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakt entgegen halten.

§ 8.

Die Stellung des Cessionars vor Erwerb des Pfandbesitzes im Konkurse des Schuldners und des Cedenten.

Der Cessionar hat durch die Cession der Forderung zwar das Pfandrecht, aber noch nicht den Pfandbesitz erworben. Es ist zu prüfen, welche Stellung er mit diesem Pfandrecht im Konkurse des Schuldners hat.

Die Reichs-Konkursordnung bestimmt in § 40, dass Absonderungsrechte an beweglichen Sachen nur von Faustpfandgläubigern geltend gemacht werden können, und nach § 14 des Einführungsgesetzes werden als solche nur die angesehen, welche selbst oder durch einen Dritten den Gewahrsam der Sache ausüben. Der Cessionar kann daher im Konkurse des Schuldners wegen seines Pfandrechts nur dann abgesonderte Befriedigung aus dem Pfandobjekt verlangen, wenn der Cedent seiner Verpflichtung nachgekommen ist und ihm den Besitz körperlich oder durch constitutum possessorium übertragen hat.

Ist dies nicht geschehen, so fragt es sich, ob der Cessionar auch noch nach der Konkurseröffnung von dem Cedenten die Sache mit Erfolg erstreiten kann. Der Cedent kann ihm zwar keine andern Einreden entgegensetzen wie vorher, wird also in der Regel die Sache herausgeben müssen, aber wie? wenn der Verwalter der Konkursmasse des Schuldners gleichzeitig das Pfand vindiziert? Für diese

Vindikation lässt sich anführen, dass nach § 14 des Einführungsgesetzes Faustpfandrechte im Konkurse nur „bestehen", wenn der Gläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam erlangt und behalten hat. Der Cedent hat nun zur Zeit der Konkurseröffnung den Besitz nicht für den Cessionar ausgeübt. Danach hat dieser weder selbst noch ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt, sein Pfandrecht hätte daher der Konkursmasse gegenüber keinen Bestand, [1]) und die Einrede, die der Cedent gegen den Schuldner hatte, hätte gegen den Konkursverwalter keine Wirksamkeit, [2]) da für ihn ein Pfandvertrag, der den obigen Voraussetzungen nicht entspricht, nicht bindend ist.

Für den ähnlich liegenden Fall, dass der Pfandgläubiger unfreiwillig den Besitz verloren hat und nach der Konkurseröffnung die actio pigneraticia in rem anstellt, während die Konkursmasse vindiziert, sagt Dernburg: [3]) „Man wird nach allgemeinen Erwägungen trotz des Wortlauts des Gesetzes dem Pfandgläubiger den Vorzug geben müssen." Dies trifft auch hier zu. Denn die Bestimmung des § 14 ist aufgestellt, um die Publizität des Pfandrechts zu erreichen, um zu verhindern, dass Andere dem Schuldner in Hinblick auf die in seinem Besitz befindlichen Sachen kreditieren, ohne von einem Pfandrecht zu wissen. Dieser Zweck ist auch in unserm Falle erreicht; der Schuldner hat ein den Anforderungen des § 14 genügendes Pfandrecht konstituiert; dadurch dass der Gläubiger die Forderung cediert, ohne den Pfandbesitz zu übertragen, wird an der Stellung des Schuldners nichts geän-

[1]) Wilmowski, Konkursordnung, Anm. 2 zu § 14 d. E. G. Völderndorff, Konkursordnung, Anm. g. zu § 14 des E. G.
[2]) cf. Windscheid II § 382 Anm. 7.
[3]) Preussisches Privatrecht I § 357 Anm. 18.

dert. Die Konkursgläubiger haben nicht im Vertrauen auf die Zugehörigkeit des Pfandobjekts zum Vermögen des Kridars kreditiert, ihnen kann ein Vorteil aus dem pflichtwidrigen Verhalten des Cedenten dem Cessionar gegenüber nicht erwachsen, und ebenso ist es innerlich nicht begründet, dass der Cessionar deswegen dem Schuldner gegenüber einen Nachteil erleiden soll, weil der Cedent seiner kontraktlichen Verbindlichkeit nicht nachgekommen ist; wenn der Cedent thatsächlich auch nicht den Gewahrsam für den Cessionar ausgeübt hat, so war er doch dazu verpflichtet und das kann hier, wo auch die Publizität des Pfandrechts gewahrt ist, genügen. So sagt auch Sarwey:[1]) „wenn und soweit der Pfandgläubiger die dingliche Klage hat, ist er rechtlich in der Lage, sich wieder in den Besitz zu setzen und es wäre begriffswidrig, sein Pfandrecht, so lange er diese rechtliche Möglichkeit hat, für unwirksam zu erklären."

Auch der hiegegen angeführte[2]) § 12 der Konkursordnung, nach welchem Pfandrechte nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger nach der Konkurseröffnung erworben werden können, kommt hier nicht in Betracht. Denn der § 12 schliesst die Übertragung bestehender Pfandrechte nicht aus, wie auch das Reichsgericht[3]) anerkannt hat; hier handelt es sich aber nur darum, die Übertragung eines Pfandrechts, die nach den Regeln des

---

[1]) Konkursordnung, Anm. 5, IV zu § 40. Ähnlich Stieglitz, Konkursordnung, Anm. III, 1 zu § 40; Fitting, Konkursrecht § 19 Anm. 12; Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, § 28 Anm. 29.

[2]) Wilmowski, a. a. O Anm. 2 zu § 14 des E. G.; Völderndorff, a. a. O. Anm. g zu § 14 des E. G.

[3]) In Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 35, S. 1023.

bürgerlichen Rechts schon vollendet ist, den Anforderungen der Konkursordnung gemäss zu vervollständigen.

Hienach kann der Cessionar auch nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners die Herausgabe des Pfandes erzwingen und erhält dadurch ein auch den Konkursgläubigern gegenüber gültiges Pfandrecht.

Was sodann den Fall betrifft, dass über das Vermögen des Cedenten der Konkurs eröffnet wird, bevor er dem Cessionar den Besitz des Pfandes übertragen hat, so erleiden die Ansprüche des Cessionars durch diese Konkurseröffnung unzweifelhaft keine Änderung. Denn hier kommen die Grundsätze der Konkursordnung über das Faustpfand überhaupt nicht in Betracht, da nicht abgesonderte Befriedigung, sondern die Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen und eines persönlichen Rechtes verlangt wird. Dieser Anspruch bestimmt sich laut § 35 der Konkursordnung nach den ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen. Die Herausgabe des Pfandes kann daher von dem Konkursverwalter nicht verweigert werden.

III. Der contractus pigneraticius.

§ 9.

Die actio pigneraticia directa.

Durch die Übergabe des Faustpfandes schliesst der Schuldner mit dem Gläubiger den contractus pigneraticius. Der Gläubiger ist dadurch verpflichtet,

dem Schuldner das Pfandobjekt nach der Tilgung der Forderung zu restituieren und es bis dahin mit der diligentia boni patris familias zu bewahren.[1])

Es ist klar, dass sich an diesen Verpflichtungen durch die Cession der Forderung zunächst nichts ändert; die actio pigneraticia geht gegen den Cedenten nach wie vor. Denn in der Regel kann sich Niemand von kontraktlich übernommenen Pflichten ohne Zustimmung des andern Kontrahenten befreien.

Nun ist der Cedent andererseits dem Cessionar verpflichtet, ihm die Sache herauszugeben. Es fragt sich, ob es sich mit seiner Verantwortlichkeit dem Schuldner gegenüber verträgt, dass er die ihm anvertraute Sache in die Hände Dritter giebt.

Schon aus der Zulässigkeit der Cession der Forderung kann die Befugnis den Pfandbesitz weiter zu geben nicht abgeleitet werden,[2]) denn der Gläubiger ist in Bezug auf die Forderung nur der Berechtigte, während er als Pfandbesitzer auch Pflichten dem Verpfänder gegenüber hat; zudem kann er die Forderung und das Pfandrecht auch übertragen, ohne die Sache aus den Händen zu geben, indem er sie für den Cessionar zu besitzen erklärt.

In der Litteratur ist die Frage, soweit ersichtlich, nur von Kohler[3]) eingehender behandelt; die gemeine Meinung nimmt an, der Pfandgläubiger dürfe das Pfand aus der Hand geben und sei hiebei nur durch seine Haftung für culpa in eligendo beschränkt.[4]) Kohler hingegen stellt den Grundsatz auf, dass zwar bei Immobilien der Pfandbesitz

---

[1]) Dernburg, Pfandrecht I S. 151.

[2]) cf. Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 196.

[3]) a. a. S. 193 ff.

[4]) Kohler a. a. O. S. 193, 194. — Geib, die Person des pigneraticisch Berechtigten S. 41.

unbeschränkt übertragen werden dürfe, bei Mobilien aber nur mit Zustimmung des Schuldners oder wenn die Gefahr einer Verbringung der Sache ausgeschlossen ist. Er stützt sich besonders darauf, dass man aus der Nichterwähnung dieser Beschränkung in den Quellen noch nicht den Schluss ziehen dürfe, das römische Recht hätte „einer Wanderung anvertrauter verpfändeter Sachen über Berg und Thal ruhigen Blutes zugesehen", und darauf, dass Julian und ihm folgend Ulpian und Paulus die Veräusserung der speciell verpfändeten Sache durch den Verpfänder für ein furtum erklären,[1]) woraus Kohler schliesst, dass die Römer auch die Weitergabe der Sache durch den Pfandgläubiger ein furtum angesehen haben.

Allein aus letzterem Umstand lässt sich die Kohler'sche Ansicht nicht unbedingt folgern. Man kann vielmehr daraus, dass die Weggabe des Besitzes durch den Pfandgläubiger nicht als furtum bezeichnet wird, auch schliessen, dass dies eben kein furtum ist, namentlich, da die Auffassung des Verkaufs des Eigentümers als furtum sehr auffällig und daher nicht ohne weiteres auf andere Verhältnisse anzuwenden ist. Eine verschiedene Behandlung des Eigentümers und des Pfandgläubigers ist sehr erklärlich. Durch die Verpfändung hat der Eigentümer die Sache schon gewissermassen aus seinem Vermögen ausgeschieden: sie soll der Sicherheit und eventuell der Befriedigung des Gläubigers dienen. In dem Verkauf der Sache an einen Dritten wird in der Regel die Absicht widerrechtlichen Gewinn zu machen, die für den römisch-rechtlichen Begriff des furtum wesentlich ist, gesehen werden können. Der Schuldner verbraucht den Wert der Sache, der

[1]) L 19 § 6 L 67 pr. D de furtis 47, 2.

gerade dem Gläubiger verhaftet ist, für sich und wälzt bei eintretender Insolvenz die Last der Zahlung auf die Schultern des Käufers. Der Pfandgläubiger dagegen erhält bei der Cession nur, was er zu beanspruchen hat; er wird regelmässig hiebei keine gewinnsüchtige Absicht haben. Verkauft er allerdings die Sache vor der Fälligkeit der Forderung, so liegt darin, als widerrechtlichem Verkauf einer fremden Sache, ein furtum;[1]) aber bei der Cession verkauft er das Pfandobjekt gar nicht, er erlangt keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil.

Hienach liegt die Annahme nicht fern, dass Julian mit Rücksicht auf den animus lucri faciendi den Verkauf des Verpfänders für ein furtum erklärte, nicht aber deswegen weil er die Lage des Pfandgläubigers erschwert. Diese Auffassung vom furtum ist daher nicht auf die anders geartete Stellung des Pfandgläubigers auszudehnen, wofür sich in den Quellen auch keine Spuren finden lassen.

Gegen Kohler's Ansicht spricht ferner der Umstand, dass die Zulässigkeit einer Afterverpfändung anerkannt wird, ohne dass jemals von einer Beschränkung der Befugnis des Pfandnehmers hiezu gesprochen wird. Gordian erklärt ohne jede Andeutung von Ausnahmen: etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse iam dudum placuit (L 1 pr. C si pign. pign. VIII, 23), und Marcian: cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit (L 13 § 2 D de pign. 20, 1).[2]) Wie man auch das subpignus konstruieren mag, jedenfalls ist mit ihm häufig die Übertragung des Pfandbesitzes verbunden, wie es z. B. in dem Falle der L 2 C si pign. pign. VIII, 23 geschehen ist; und

[1]) L 74 D de furtis 47, 2.

[2]) auch L 2 C si pign. pign. VIII, 23; L 14 § 3 D de div. temp. 44, 3.

nie ist in den Quellen davon die Rede, dass der Pfandgläubiger nur beschränkt dazu befugt sei, einem andern den Besitz einzuräumen. Schon hieraus ist ersichtlich, wie wenig wahrscheinlich es ist, dass den Römern irgend welche Beschränkungen in dieser Beziehung bekannt gewesen sind.

Das Gegenteil der Behauptung Kohler's dürfte sich aber mit Bestimmtheit aus einem von Papinian entschiedenen Fall ergeben. In L 31 (32) D de neg. gest. 3, 5 heisst es:

Fideiussor imperitia lapsus alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat. pignora vel hypothecas suscepit et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suae confusis praediis consuli posse; ob eas res iudicio mandati frustra convenietur et ipse debitorem conveniet, negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit: in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casus, quia praedo fideiussor non videtur. Creditor ob id factum ad restituendum iudicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur ius suum vendidisse, non tenebitur.

Ein Bürge hat nicht nur die Schuld, für die er sich verbürgt hat, bezahlt, sondern auch noch eine andere, und der Gläubiger hat ihm auch die für die zweite Schuld bestellten Pfänder herausgegeben. Auf die Cession der Forderung, für die er sich verbürgt hat, hat ja der Bürge durch das beneficium cedendarum actionum einen Anspruch, aber die Cession der zweiten Forderung stellt sich für den Gläubiger als ein durchaus freiwilliger Verkauf dar. Papinian entscheidet, dass der Creditor nicht mit der actio pigneraticia directa auf Rückgabe der Pfänder belangt werden kann, da er sein Recht verkauft hat. Er begründet sein Urteil nicht damit, dass an eine mit im Forderungsnexus stehende Person

cediert sei, wie Kohler[1]) annimmt; der Cessionar steht ja in Bezug auf die zweite Forderung, um die es sich in der Stelle hauptsächlich handelt, überhaupt nicht in einem Forderungsnexus mit dem Schuldner. Auch darauf, dass praedia verpfändet sind, bezieht sich Papinian nicht, sondern entscheidet ganz allgemein, dass der Gläubiger, der bei dem Verkaufe der Forderung die Pfänder dem Käufer aushändigt, blos wegen dieser Übergabe — ob id factum — mit der Pfandhauptklage nicht belangt werden kann; anders natürlich, wenn er sich dabei einer Verletzung der diligentia, zu der er verpflichtet ist, schuldig macht.

Die von Kohler aufgestellten Schranken der Befugnis des Pfandgläubigers, den Besitz des Pfandes einem Dritten zu übertragen, können daher nicht als im römischen Rechte begründet angesehen werden; ob sie aber de lege ferenda wünschenswert erscheinen, ist eine andere, hier nicht zu erörternde Frage, die von dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in der Hauptsache verneint ist.[2])

Hienach ergiebt sich das allerdings auffallende Resultat, dass der Pfandgläubiger sich durch die Übergabe des Pfandes an den Cessionar ohne Mitwirkung des Verpfänders von der ihm kontraktlich obliegenden Restitutionspflicht befreien kann. Allein er entgeht nicht jeder Verpflichtung aus dem contractus pigneraticius, nur in dieser Richtung kann er nicht mehr belangt werden, während die actio directa in allen andern Beziehungen bestehen bleibt; er kann nämlich die Sache nicht jedem beliebigen Dritten gefahrlos übergeben, denn er haftet dem

[1]) a. a. O. S. 194.
[2]) cf. § 16.

Verpfänder für die Behandlung des Pfandes. Der Grad der Haftung war früher sehr bestritten; Ulpian und Paulus lassen den Pfandgläubiger für diligentia boni patris familias einstehen,[1]) während Gaius seine Haftung mit der des Ehemanns für die Dotalgegenstände zusammenstellt,[2]) die nur in diligentia quam in suis rebus besteht. Die Erklärungen älterer Schriftsteller sind von Glück[3]) eingehend besprochen; diese hier aufzuführen, dürfte nicht erforderlich sein, besonders da es in der neueren Litteratur feststeht, dass der Pfandgläubiger für diligentia boni patris familias haftet,[4]) und dass die Worte des Gaius von einem älteren Rechtszustand sprechen.[5])

Der Cedent ist demnach dem Schuldner, wenn er den Besitz aus der Hand giebt, für culpa levis in eligendo verantwortlich, und zwar hat er für das volle Interesse des Schuldners einzustehen;[6]) ebenso bleibt er für etwa vorher gegen ihn entstandene, mit der actio pigneraticia directa geltend zu machende Ansprüche, z. B. wegen mangelnder Sorgfalt in der Behandlung der Sache, dem Schuldner verhaftet.

§ 10.

Die persönliche Klage des Schuldners gegen den Cessionar.

Dem Schuldner steht in Folge der Cession der Forderung nicht die actio pigneraticia gegen den

[1]) L 13 § 1, L 14 D de pign. act. 13, 7.

[2]) L 18 pr. § 1 D commod. 13, 6.

[3]) Kommentar Bd. 14 S. 68—82.

[4]) Windscheid, Pandekten II § 382, 1; Dernburg, Pandekten I § 286, 1; Sintenis, Pfandrecht S. 236 f.

[5]) Dernburg, Pfandrecht I S. 151. Schmid, Cession I S. 85 ff.

[6]) L 5 C de act. pign. IV, 24; L 43 pr. D de pign. act. 13, 7. Geib a. a. O. S. 43.

Cessionar zu, auch wenn dieser in den Besitz gekommen ist; so sagt Papinian ausdrücklich in L 2 D de pign. 20, 1:

Fideiussor qui pignora vel hypothecas suscepit atque ita pecunias solvit, si mandati agat vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet; ceterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.[1])

Hat der Cedent den Besitz dem Cessionar sine culpa übertragen, so würde daher der Schuldner nach Tilgung der Forderung an sich von keinem der Beiden mit der persönlichen Pfandklage die Rückgabe des Pfandes erreichen können. Dies Resultat erscheint recht unbefriedigend: denn ein dahin zielender persönlicher Anspruch gegen den Cessionar ist dann dringendes Bedürfnis, wenn der Schuldner, wie es leicht möglich ist, die rei vindicatio oder actio Publiciana, auf die er verwiesen wäre, nicht anstellen kann, weil er die besonderen Voraussetzungen dieser Klagen nicht nachzuweisen vermag.

Wenn bei der Abtretung der Forderung vereinbart ist, dass der Cessionar nach Tilgung der Schuld das Pfand an den Schuldner zurückgeben solle, dann kann dieser auf Cession der hieraus entspringenden Klage offenbar gegen den Cedenten mit der actio pigneraticia directa klagen. Ihm wird aber auch ohne die Cession direkt gegen den Cessionar nach Analogie der L 8 C ad exhib. III, 42 eine Klage zu geben sein:

si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituatur, ... intelligis nullam te ex eius

[1]) L 31 (32) de neg. gest. 3, 5. Dernburg, Pfandrecht I S. 156.

pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio. [1])

„Der juristische Gedanke [2]) dieser Stelle ist der: wo immer Jemand, der gehalten ist, eine Sache an eine andere Persönlichkeit zu geben, sie einem Dritten mit der Anweisung überliefert, sie an diese Persönlichkeit auszufolgen: da soll diese Persönlichkeit aus dieser Anweisung einen direkten Anspruch gegen den Dritten auf Ausantwortung der Sache erlangen."

Nach heutigem gemeinen Recht ist eine solche Ausdehnung der L 8 C cit. um so unbedenklicher, als nach modernem Gewohnheitsrecht aus Verträgen zu Gunsten Dritter in viel grösserem Umfange dem Dritten eine Klage gegeben wird, als dies nach römischem Recht der Fall war. [3])

Wenn aber eine auf Restitution des Pfandes an den Schuldner zielende Vereinbarung bei der Cession nicht ausdrücklich getroffen ist, so liegt es nicht zu fern, den stillschweigenden Abschluss einer solchen anzunehmen; [4]) denn dies entspricht der ganzen Natur des zwischen Cedent und Cessionar abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. Zudem wird in L 2 C si pign. pign. VIII, 24 und cap. 6 X de pign. 3, 21 dem Schuldner eine Klage gegen den dritten Inhaber des Pfandes gegeben, ohne dass von einem solchen pactum die Rede ist; dass hier nicht eine dingliche

---

[1]) cf. L 19 § 4 C de usur. IV, 32.

[2]) Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 208.

[3]) cf. Windscheid II § 316; Dernburg, Pandekten II § 18.

[4]) Dernburg, Pfandrecht I S. 156; Kohler a. a. O. S. 209; Geib, die Person des pigneraticisch Berechtigten. S. 48.

Klage gemeint sein kann,[1]) ergiebt sich daraus, dass nur der Beweis verlangt wird, dass die Sache verpfändet und vom Pfandgläubiger weiter gegeben sei.[2])

Es steht hienach dem Schuldner gegen den Cessionar zwar nicht eine actio pigneraticia directa, aber doch eine persönliche Klage auf Restitution des Pfandes zu, und zwar ist dies die Klage, die der Cedent aus der Vereinbarung mit dem Cessionar haben würde, als utilis, in der Regel also eine actio venditi utilis.[3])

§ 11.

Die actio pigneraticia contraria.

Unmittelbar mit der Cession erwirbt der Cessionar die actio pigneraticia contraria;[4]) denn er tritt durch die Cession ipso iure in alle Rechte des bisherigen Gläubigers in Bezug auf die Forderung ein. Nicht allein das Pfandrecht geht auf ihn über, sondern auch die mit ihm verbundene persönliche Klage. Und zwar geschieht dies auch dann, wenn er den Besitz der Sache noch nicht hat; denn wenn auch die actio contraria hier durch einen Realkontrakt entstanden ist, so kann sie doch, einmal existent geworden, auch ohne die Sache übertragen werden.

Sie hat allerdings regelmässig erst Wert für den Cessionar, wenn er den Besitz des Pfandes erlangt hat; aber es sind doch Verhältnisse möglich, in

[1]) Wie Glück a. a. O. Bd. 14 S. 164 annimmt; vgl. dort auch über die ältere Ansicht, die actio pigneraticia directa sei infolge der oben citierten Stellen eine actio in rem scripta geworden.

[2]) Ausser den auf S. 53 Anm. 4 Angeführten: Schmid, Cession I S. 446 ff.

[3]) Dernburg, Pfandrecht I S. 156, 564.

[4]) Sintenis, Pfandrecht S. 558.

denen er auch vorher ein Interesse daran hat, sie anstellen zu können, z. B. wenn es sich herausstellt, dass kein Pfandrecht zustande gekommen ist, da der Schuldner nicht befugt war, die Sache zu verpfänden; er kann in diesem Fall sein volles Interesse an dem Bestehen des Pfandrechts gegen den Schuldner einklagen.[1])

Der Cedent verliert also durch die Cession auch die actio pigneraticia contraria; gerade wie er in Bezug auf die Hauptforderung nicht mehr der Gläubiger ist, so hat er auch seine Gläubigerstellung aus dem contractus pigneraticius aufgegeben; von seinen Pflichten wird er nicht ohne weiteres frei, aber seine Rechte sind auf den Cessionar übergegangen. Soweit ihm freilich in Folge des Pfandverhältnisses schon konkrete Ansprüche erwachsen sind, die er mit der actio contraria geltend machen könnte, z. B. wegen Verwendungen auf die Sache oder wegen Schadens, der durch culpa des Verpfänders entstanden ist, bleibt sie ihm erhalten. Denn diese Ansprüche gehören nicht zum Pfandrechte; sie sind zwar aus dem Pfandverhältnis entstanden, sind aber nicht Teil desselben, sondern bestehen selbständig für sich. Es bedürfte einer besonderen Cession, damit der Cessionar sie geltend machen könnte. Für diese Annahme spricht auch die Behandlung der Zinsabrede bei der Cession der Hauptforderung: auch die Ansprüche hieraus gehen ipso iure mit der Cession auf den Cessionar über, nicht aber, soweit es sich um rückständige Zinsen handelt.[2])

---

[1]) L 54 D de fideiuss. 46, 1.

[2]) Windscheid II § 332 Anm. 8; Dernburg, Pandekten II § 51 Anm. 1; Seuffert's Archiv Bd. 11, 226.

IV. Das Gordianische Retentionsrecht.

§ 12.

Das Retentionsrecht des Cedenten.

Für den im Besitze des Pfandes befindlichen Gläubiger ist durch Kaiser Gordian III. im Jahre 239 ein wichtiges Recht, wenn auch wahrscheinlich nicht begründet,[1]) so doch gesetzlich fixiert: er darf die Pfandsache zurückhalten, bis er auch wegen seiner blos chirographarischen Forderungen von dem Schuldner befriedigt ist. Dies Recht ist kein dingliches Recht an dem Pfande, es kann nicht durch eine Klage geltend gemacht werden, sondern giebt dem Gläubiger nur eine exceptio doli gegen den Schuldner, der die Rückgabe der Sache fordert.

Daher ist klar, dass der Cedent es gegen den Cessionar, wenn dieser die Herausgabe des Pfandes von ihm verlangt, nicht geltend machen kann, indem er etwa vorschützt, das Pfand hafte auch für seine andere Forderungen gegen den debitor cessus und er sei nicht verpflichtet, es früher herauszugeben, als alles bezahlt sei. Soweit geht das Gordianische Retentionsrecht nicht;[2]) hat es doch nicht einmal der prior creditor gegen den posterior, der ihn durch sein ius offerendi zur Herausgabe des Pfandes zwingt:

---

[1]) Dernburg, Pfandrecht II, S. 96 ff. Schlayer, Beiträge zum römischen Pfandrecht, im Archiv für die civil. Praxis Bd. 49 S. 104.

[2]) Mühlenbruch, Cession S. 421; Fritz, Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim I S. 494 f.; Schenck, Retentionsrecht S. 259.

L un. § 3 C etiam ob chirogr. VIII, 26:

Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.

Zweifelhafter ist, ob der Cedent auch jetzt noch, wo er kein Pfandrecht mehr hat, dem Schuldner das Retentionsrecht entgegenstellen kann, wenn dieser nach erfolgter Zahlung an den Cessionar von ihm das Pfandobjekt fordert. In den Quellen findet sich hierüber keine Entscheidung; die L. un. C. cit. ist die einzige, die von diesem Rechte handelt, und sie giebt keine Regelung des Falles. Es ist aber nach den Grundsätzen, aus denen das fragliche Recht eingeführt ist, anzunehmen, dass es dem Cedenten auch noch nach der Cession zusteht, wenn er den Besitz behalten hat.

Die citierte Stelle lautet:

Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satis fecerint, quam mutuam simpliciter acceperint.

Das Retentionsrecht wird dem Gläubiger gegeben, weil es als dolus angesehen wird, wenn der Schuldner die Sache verlangt, ohne alle Forderungen getilgt zu haben. Man kann freilich nicht sagen, der Gläubiger habe auch bezüglich seiner sonstigen Forderungen in Hinblick auf die Pfandsicherheit kreditiert und deswegen werde die Rückforderung durch den Schuldner für dolus erklärt: denn das Retentionsrecht ist auch für ältere Forderungen als die pfandrechtlich gesicherte wirksam. Aber man darf wohl darin dolus des Schuldners sehen, dass

er dem Gläubiger ein Exekutionsobjekt, das dieser in der Hand hat, entzieht und ihn dadurch vielleicht überhaupt um die Befriedigung bringt.

Diese Gründe sind dadurch nicht beseitigt, dass der Gläubiger die Forderung cediert; es ist jetzt nicht minder dolus des Schuldners die Sache nach Erfüllung an den Cessionar zurückzufordern, als wenn er die Schuld an den Gläubiger selbst gezahlt hat. Auch der Umstand, dass der Cedent kein Pfandrecht mehr hat und aus der versicherten Forderung nicht mehr creditor ist, spricht nicht gegen seine Retentionsbefugnis: denn auch wenn keine Cession stattgefunden hat, wird zu der Zeit, wo es zur eigentlichen Ausübung des beneficium Gordianum kommt, der Retinierende möglicher Weise schon aufgehört haben, Pfandgläubiger zu sein, sofern die versicherte Forderung getilgt worden ist. Dass er in diesem Falle kein Retentionsrecht mehr hat, ist von Cocceji behauptet;[1]) allein davon ist einmal in der L. un. C. cit. nichts gesagt, auch die von ihm citierten L 11 § 3 D de pign. act. 13, 7 und L 3 C de luit. pign. VIII, 30 enthalten nichts dahin zielendes; sodann würde aber auch eine solche Getaltung, die den Gläubiger nötigte, die angebotene Zahlung auf die Pfandforderung zurückzuweisen, damit er sich das Retentionsrecht erhalten könne, der innern Begründung entbehren und dem auf Erfüllung gerichteten Ziele der Obligation zuwiderlaufen. Es erscheint vielmehr als der regelmässige Fall, dass das Retentionsrecht erst nach der Tilgung der Pfandforderung geltend gemacht wird.[2])

[1]) Jus controvers. civ. ad tit. Dig. XX. 1 qu. 17.

[2]) Dernburg, Pfandrecht II S. 104; Schenck a. a. O. S. 255 ff.; Fritz a. a. O. S. 492 ff.; Glück a. a. O. Bd. 15 S. 131; Sintenis, Pfandrecht S. 244.

Da hienach die allgemeinen Gründe des Retentionsrechtes durch die Cession nicht beeinflusst werden und auch der Verlust des Pfandrechts nichts schadet, so wird dem Gläubiger, der im Besitze des Pfandes geblieben ist, auch nach der Cession das beneficium Gordianum zuzusprechen sein.

§ 13.

Das Retentionsrecht des Cessionars.

So lange der Cedent im Besitze des Pfandes ist, hat der Cessionar ganz offenbar kein Retentionsrecht; denn dies erfordert vor allem Besitz. Aber es ist fraglich, ob er es nicht wegen seiner etwaigen sonstigen Forderungen an den debitor cessus geltend machen kann, wenn der Cedent ihm in Erfüllung seiner Pflicht den Besitz übertragen hat.

Dernburg[1]) bejaht dies, da auch hier der Schuldner mit der Abforderung des Pfandes vor Tilgung aller seiner Verbindlichkeiten ein Unrecht begehe. Gegen diese Ansicht führt Mühlenbruch[2]) die Worte der L. un. § 3 C h. t. VIII, 26 an:

quod in secundo creditore locum non habet;

aber diese besagen nur, wie auch schon oben gezeigt, dass der prior creditor nicht gegen den secundus wegen seiner Forderungen an den Schuldner retinieren kann.[3])

Indessen scheint gegen die Ausdehnung des beneficium auf den Cessionar der von Schlayer[4]) hervorgehobene Umstand ins Gewicht zu fallen, dass die Lage des debitor cessus bedeutend ver-

[1]) Pfandracht II S. 102.

[2]) Cession S. 575.

[3]) Sintenis, Pfandrecht S. 244 Anm. 3; Vangerow, Pandekten I § 382 Anm.

[4]) a. a O. S. 104.

schlechtert werden kann, wenn der Cessionar das Retentionsrecht hat; denn der Cedent hat möglicherweise gar keine chirographarischen Forderungen gegen ihn, während er dem Cessionar noch aus vielen andern Schuldverhältnissen verpflichtet sein kann; ihm würde dann durch das Retentionsrecht des Cessionars die Sache noch vorenthalten werden, obwohl er ihre Herausgabe vom Cedenten schon nach Zahlung der versicherten Forderung hätte durchsetzen können.

Dies erschiene allerdings unbillig, wenn der Schuldner hiedurch zu einer Leistung genötigt würde, die er sonst zu dieser Zeit zu machen nicht verpflichtet wäre. Allein das ist keineswegs der Fall: das Retentionsrecht kann immer nur wegen fälliger Forderungen [1]) ausgeübt werden; es läge andernfalls darin ein indirekter Zwang gegen den Schuldner zur Tilgung einer Schuld, deren Erfüllung ihm noch nicht obliegt. Daher wird die Lage des Schuldners durch die Retention seitens des Cessionars nicht ungerecht verschlechtert; er wird nur dringender dazu angehalten, etwas zu leisten, was er ohnehin zu leisten schuldig ist.

Auch die Singularität des Retentionsrechts spricht nicht gegen die Ausübung in der Hand der Singularsuccessoren des ursprünglichen Gläubigers. [2]) Für die ältere Auffassung von der Cession könnte es zweifelhaft sein, ob der Cessionar, dem nur die Ausübung eines fremden Rechtes eingeräumt war, die mit dem fremden Pfandrecht verbundene Retentionsbefugnis für seine eigenen Forderungen ausüben könne. Für das heutige Recht liegt kein innerer Grund vor, hier einen Unterschied zu machen, ob

[1]) Dernburg, Pfandrecht II S. 100.
[2]) wie Mühlenbruch a. a. O. S. 575 annimmt.

der Gläubiger das Pfandrecht direkt vom Schuldner oder durch Cession erworben hat.

Es mag hier noch des an besondere Voraussetzungen geknüpften und in seinen Wirkungen weiter gehenden Zurückbehaltungsrechtes Erwähnung gethan werden, welches das deutsche Handelsgesetzbuch in den Artikeln 313—315 den Kaufleuten für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften giebt. Stand dies dem Gläubiger vor der Cession zu, so verliert er es auch dadurch nicht, dass er die Forderung, zu deren Sicherung ihm das Pfand gegeben war, einem Andern überträgt, besonders da es für das kaufmännische Retentionsrecht nicht erforderlich ist, dass der Gegenstand dem Retinierenden für eine Forderung verpfändet war. Die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts werden durch die Cession nicht berührt.

Dagegen würde der Cessionar dies Recht nicht schon dadurch erwerben, dass er von dem Cedenten den Besitz der Sache erhält. Denn wenn ihm auch gegen den Schuldner Forderungen zustehen, deretwegen er das kaufmännische Retentionsrecht ausüben könnte, so ist doch noch erforderlich, dass die Sache auf Grund von Handelsgeschäften mit dem Willen des Schuldners in seinen Besitz gekommen ist; der Cessionar erlangt daher nur dann das Zurückbehaltungsrecht, wenn die Cession der Forderung ein Handelsgeschäft ist,[1]) und der Schuldner seine Zustimmung zur Aushändigung des Pfandobjekts an ihn giebt.

[1]) cf. Goldschmid, Handelsrecht I, 2, S. 1037.

§ 14.

Ergebnis.

Für die Wirkung der Cession einer Forderung auf das Rechtsverhältnis am Faustpfande ergiebt sich nach dem bisher Gesagten folgendes Resultat.

Das Pfandrecht geht unmittelbar durch die Cession auf den Cessionar über, auch wenn der Besitz noch nicht übertragen ist; es bedarf einer ausdrücklichen Vereinbarung um dies auszuschliessen. Die causa cessionis ist für den Übergang des Pfandrechts unwesentlich, aber von Wichtigkeit für die Haftung des Cedenten für das Pfandrecht.

Der Cessionar hat einen dinglichen und einen persönlichen Anspruch gegen den Cedenten auf sofortige Einräumung des Pfandbesitzes. An der Erfüllung dieser Verpflichtung wird der Cedent durch den contractus pigneraticius nicht gehindert, bleibt aber dem Schuldner daraus an sich verhaftet; von der Restitutionspflicht wird er jedoch befreit, wenn er dem Cessionar das Pfand übergiebt und sich keine culpa in eligendo hat zu Schulden kommen lassen.

Der Schuldner erlangt gegen den Cessionar, wenn diesem der Besitz übertragen ist, eine der actio pigneraticia directa analoge Klage. Dem Cessionar steht die actio pigneraticia contraria zu; sie bleibt aber auch dem Cedenten erhalten, soweit ihm schon bestimmte Ansprüche gegen den Schuldner erwachsen sind.

Das Gordianische Retentionsrecht behält der Cedent, so lange er im Besitze des Pfandes ist, und erlangt der Cessionar, wenn ihm die Sache ausgehändigt wird.

Anhang.

§ 15.

Preussisches Recht.

Nach ALR. I, 11 § 402 tritt der Cessionar in alle abgetretenen Rechte und die damit verbundenen Pflichten des Cedenten durch die Cession ein; die zur Sicherung der Forderung dienenden Pfandrechte gelten im Zweifel als mitabgetreten, [1]) da auch nach preussischem Recht — von besonderen Ausnahmefällen abgesehen — das Pfandrecht ein in sich unselbständiges, accessorisches Recht ist, das seinem Wesen und Zwecke nach nur die Forderung sichern soll. Auch der § 100 ALR. Einleitung besagt, dass vermutet wird, dass mit einem Rechte alle damit verbundenen Vorteile haben übertragen werden sollen.

Allein der Cessionar erwirbt nach preussischem Rechte im Falle eines Faustpfandes durch die Cession der Hauptforderung nicht unmittelbar auch das Pfandrecht, sondern nur einen Anspruch darauf, dass der Cedent es ihm überträgt. Denn nach

[1]) Dernburg, Preuss. Privatrecht II § 85, 4; Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht I § 99 Anm. 110; Gruchot, Glossen, in seinen Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 11 S. 587.

ALR. I, 20 § 104 ist die Begründung eines Pfandrechtes an beweglichen Sachen nur durch Einräumung des Gewahrsams möglich; es ist derartig mit dem Besitze der Sache verbunden, dass es mit dessen freiwilliger Aufgabe erlischt.[1]) Das Pfandrecht selbst geht daher auf den Cessionar nicht ipso iure über, sondern es bedarf dazu der Besitzübertragung. So sagt Förster:[2]) „Die Bürgschaft, die Hypothek und das Pfand sichern nach der Cession der Hauptforderung ohne besondere Abtretung den Erwerber, nur muss beim Faustpfand die Übergabe der Sache hinzutreten."

Es tritt hier ein eigentümlicher Schwebezustand ein: der Cedent hat keine Forderung mehr und kann darum auch das Pfandrecht nicht mehr haben; der Cessionar hat auch kein Pfandrecht, da er noch nicht Besitz hat; dass das Pfandrecht untergegangen ist, darf man auch nicht annehmen: denn unbedenklich erlangt es der Cessionar, wenn ihm der Besitz übertragen wird, und zwar kein neues, von dem Cedenten begründetes, sondern das vom Schuldner begründete Pfandrecht des Cedenten. Dieser Zustand der Schwebe dauert, bis entweder dem Schuldner die Sache zurückgegeben wird und damit das Pfandrecht erlischt oder bis der Cedent dem Cessionar den Besitz einräumt und dieser dadurch das Pfandrecht erwirbt.

Zu der Übertragung des Besitzes ist der Cedent dem Cessionar verpflichtet, aber er ist dem Schuldner gegenüber nicht berechtigt, das Pfand einem Dritten auszuhändigen. Dies folgt aus § 127 cit., nach

---

[1]) ALR. I, 20 § 253.

[2]) a. a. O. I, 99, Anm. 111; cf. Dernburg a. a. O, II § 85 Anm. 16. Koch, Kommentar zum ALR., Anm. 45 zu I, 11 § 402.

welchem ihm ein weiterer Versatz verboten ist,[1]) und besonders aus der in § 121 bestimmten Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers; ein Verwahrer ist aber nach I, 14 § 24 f nicht befugt, die Sache ohne Einwilligung des Niederlegers einem Andern auszuantworten, und bleibt, wenn er es thut, für die Sache und deren Wert verantwortlich.

Der Cedent bringt sich durch eine ohne Zuziehung des Schuldners erfolgte Cession in eine üble Lage: nach der einen Seite ist er zur Übertragung des Besitzes, nach der andern bleibt er zur Verwahrung der Sache verpflichtet. Er kann sich dadurch helfen, dass er die Einwilligung des Schuldners zur Aushändigung der Sache an den Cessionar erlangt. Aber er kann den Schuldner hiezu nicht zwingen; verweigert dieser die Zustimmung, so bietet sich eine Hülfe auf dem Wege, dass er die Sache fortan für den Cessionar besitzt. Hierdurch würde dieser das Pfandrecht erhalten; denn wenn es auch nicht durch ein constitutum possessorium des Verpfänders begründet werden kann (ALR. I, 20 § 105), so ist doch zulässig, dass ein Dritter für den Pfandgläubiger den Gewahrsam ausübt; denn einmal sagt das Gesetz nichts Gegenteiliges, und dann treffen hier auch die Gründe nicht zu, um deretwillen bei der Begründung eines Pfandrechts die Detention nicht bei dem Verpfänder selbst verbleiben darf: die Publizität ist auch gewahrt, wenn der Cedent das Pfand für den Cessionar inne hat. Der Cessionar ist aber keineswegs verpflichtet, sich damit zu begnügen, dass der Cedent für ihn den Besitz ausübt; dass dieser nicht berechtigt ist, ihm die Sache zu übergeben, geht den Cessionar an sich nichts an.

Wenn der Cedent seiner Verpflichtung nachkommt und dem Cessionar den Besitz der Sache

[1]) Dernburg a. a. O. I § 357 Anm. 15.

und damit das Pfandrecht überträgt, so erwächst diesem dadurch auch die Pflicht, die Sache zu verwahren und nach Tilgung der Forderung dem Schuldner zu restituieren. Denn laut ALR. I, 11, § 402 tritt er nicht nur in die abgetretenen Rechte, sondern auch die damit verbundenen Pflichten des Cedenten ein. Der Schuldner kann demnach die persönliche Pfandvertragsklage auch gegen den Cessionar anstellen. In § 185 f I, 20 heisst es zwar, dass der Verpfänder gegenüber einem Dritten, in dessen Hand das Pfand durch Verschulden des Pfandgläubigers gekommen ist, auf seine dinglichen Klagen beschränkt sei; dies bezieht sich aber nur auf solche Fälle, wo die Sache ohne Abtretung des Pfandrechts weiter gegeben ist.

Anders wie nach gemeinem Recht, bleibt aber der Cedent dem Schuldner für die Restitution der Sache verhaftet, auch wenn ihn keine culpa in eligendo trifft: der Schuldner kann gegen ihn auf Restitution klagen, da hierin die Leistung besteht, zu der der Cedent aus dem Pfandvertrag verpflichtet ist, und diese nicht dadurch absolut unmöglich geworden ist, dass er den Besitz aufgegeben hat.[1])

Wenn die Cession freiwillig geschehen ist, so hat sich der Cedent diese strenge Haftung selbst zuzuschreiben, da er etwas thut, was ihm nicht gestattet ist. Aber wie? wenn er die Cession vornehmen musste? Wenn ihm von einem Dritten unter solchen Umständen Zahlung angeboten wird, dass er sie annehmen und dem Dritten seine Rechte gegen den Schuldner abtreten muss?[2]) Hier scheint er durch das Gesetz zu einer Haftung gezwungen zu sein, die man ihm nicht zumuten kann, da er nicht

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 7 S. 199 f.
[2]) ALR. I, 14 § 338. I, 16 §§ 49, 50.

freiwillig, sondern infolge gesetzlichen Zwanges die Cession vornimmt.

Aber dem ist entgegenzuhalten: der Gläubiger braucht nur unter denselben Umständen von einem Dritten Zahlung anzunehmen, unter denen er sie vom Schuldner annehmen muss. Die Zahlung des Schuldners kann er ablehnen, wenn dieser nicht bereit ist, ihn von den in Bezug auf das Pfand eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. Folglich muss er auch den Dritten abweisen können, wenn dieser ihm nicht entweder vom Schuldner Entlassung aus dem Pfandvertrag beschafft oder ihn genügend sicher stellt oder auch auf die Übergabe des Pfandes verzichtet. Händigt er ohne diese Massregeln das Pfand aus, so ist er in seine schwierige Lage nicht durch das Gesetz, sondern durch seine eigene Unvorsichtigkeit gebracht. [1])

Die causa cessionis ist nach preussischem Recht für den Erwerb des Anspruchs auf das Pfandrecht ebensowenig von Bedeutung, wie sie es nach gemeinem Recht für den Übergang des Pfandrechts selbst ist, da das oben Ausgeführte nicht auf Besonderheiten des gemeinen Rechts beruht. Auch für ihren Einfluss auf die Haftung des Cedenten für das Pfandrecht gilt dasselbe wie im gemeinen Recht. [2]) Dass nach preussischem Recht der Cedent bei entgeltlichen Verträgen auch für die Sicherheit der Forderung zur Zeit der Cession haftet, [3]) kann auf die Haftung für das Pfandrecht nicht angewendet werden; denn der Cedent würde dann dafür einzustehen haben, dass der Erlös des Pfandes zur Zeit der Cession auch den Betrag der Forderung deckt. Eine solche Haftung kann ihm aber nicht zugemutet

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd 7, S. 196 ff.

[2]) Koch, Übergang der Forderungsrechte S. 207.

[3]) ALR. I, 11 §§ 430, 431. Dernburg a. a. O. II § 84; Förster-Eccius a. a. O. I § 99 Anm. 140 f.

werden, da auch Sachen zum Pfande hingegeben werden können, deren Verkaufswert den Betrag der Forderung nicht erreicht.

Ist die Forderung geschenkt[1]) oder beruht die Cession auf gesetzlicher Verpflichtung,[2]) so haftet der Cedent nur im Falle des Betrugs oder einer ausdrücklichen Übernahme der Haftung.

Das Gordianische Retentionsrecht hat das ALR. nicht aufgenommen: „Wegen Forderungen, die dem Gläubiger aus einem andern Geschäfte an den Schuldner oder Verpfänder zustehen, kann sich ersterer an das Pfand nicht halten." (I, 20, § 171.)

§ 16.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (zweite Lesung).

Auch der Entwurf hält daran fest, dass mit der Forderung die Nebenrechte auf den neuen Gläubiger übergehen (§ 345). Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen — den Ausdruck „Faustpfand" hat der Entwurf zweiter Lesung nicht — kann zwar nach § 1114 wie nach preussischem Recht nur durch Einräumung des Besitzes unter Ausschluss des constitutum possessorium des Verpfänders begründet werden, es geht aber bei der Cession der Forderung trotzdem ipso iure auf den Cessionar über: § 1157 wiederholt den Grundsatz des § 345 ausdrücklich für das Faustpfand. Es ist hiedurch der nach preussischem Rechte eintretende Zustand vermieden; in den Motiven[3]) zu §§ 1186 ff des ersten Entwurfs wird unter den Gründen für den unmittelbaren Übergang des Pfandrechts auch die Unzuträglichkeit eines solchen Schwebezustandes erwähnt:

[1]) ALR. I, 11 §§ 378, 1083 f.
[2]) ALR. I, 11 § 444.
[3]) Band 3 S. 836.

„Endlich würde ein nach Abtretung der gesicherten Forderung ohne Mitübergabe des Pfandes eintretender Schwebezustand, während dessen der bisherige Gläubiger die Macht behält, das Pfandrecht durch Rechtsgeschäft aufzuheben oder dem neuen Gläubiger zu verschaffen, ein zweckloses Verbleiben des Pfandes in der Hand des bisherigen Gläubigers mit sich bringen und den neuen Gläubiger, welchem der bisherige Gläubiger zur Abtretung obligatorisch vorbunden ist, gefährden."

„Der neue Pfandgläubiger kann von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen" (§ 1158, 1). Dass er mit der Übertragung der Forderung das dingliche Recht auf Inhabung des Pfandes erlange, ist im zweiten Entwurf nicht, wie im § 1187, 1 des ersten, ausdrücklich gesagt; es ist dies schon darin enthalten, dass er mit der Forderung das Pfandrecht erwirbt.

Ähnlich dem preussischen Rechte gestaltet sich die Stellung des Cessionars, nachdem ihm der Besitz eingeräumt ist: der Entwurf bestimmt in § 1158, dass der neue Gläubiger mit der Erlangung des Besitzes an Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder eintritt. Für die schon durch Rechtsverletzungen entstandenen Verbindlichkeiten haftet er nicht.

Für die Stellung des Cedenten schlägt der Entwurf einen Mittelweg zwischen gemeinem und preussischem Recht ein. Nach gemeinem Recht gilt der auffallende Satz, dass sich der Pfandgläubiger von seiner kontraktlichen Restitutionspflicht einseitig befreien kann, wenn er dem Cessionar den Besitz überträgt und culpa in eligendo vermeidet; nach preussichem Recht ist der Cedent zur Übertragung des Besitzes auf den Cessionar nicht befugt

und ist daher auch für dessen Verschulden prinzipal verhaftet. Der Entwurf bestimmt in § 1158, 2, dass, wenn der neue Pfandgläubiger die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen nicht erfüllt, „für den von ihm zu ersetzenden Schaden der bisherige Pfandgläubiger wie ein Bürge haftet, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Die Haftung des bisherigen Pfandgläubigers tritt nicht ein, wenn die Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Pfandgläubiger übergegangen oder ihm auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung abgetreten worden ist."

Hiedurch wird der Entwurf allen Teilen gerecht: die Stellung des Schuldners wird durch die Cession möglichst wenig berührt; der Cessionar wird ihm unmittelbar für die Behandlung der Pfandsache verantwortlich; der Cedent ist dem Schuldner gegenüber befugt, den Besitz dem Cessionar zu übertragen, und bleibt dann zwar für die Sache haftbar, aber er hat doch nicht prinzipal für Vorgänge einzustehen, auf die er keinen Einfluss mehr hat.

Die Bedeutung der causa cessionis ist nach dem Entwurf dieselbe wie nach gemeinem Recht.

Dass wegen anderer Forderungen das Pfand nicht zurückbehalten werden darf, sprach der erste Entwurf in § 1194 mit Rücksicht auf den bisherigen Rechtszustand [1]) ausdrücklich aus. Dieser Paragraph ist in der zweiten Lesung gestrichen; allein materiell ist dadurch nichts geändert, es bedürfte vielmehr einer besonderen Gesetzesbestimmung, um ein solches, in der Natur des Pfandrechts nicht begründetes Retentionsrecht als geltendes Recht erscheinen zu lassen.

[1]) Motive, Band 3 S. 843.

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl.

Bachofen, das römische Pfandrecht I. 1847.

Bähr, Zur Cessionslehre, in Gerber und Ihring's Jahrbüchern, Bd. 1.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 4. Aufl.

G. L. Böhmer, Auserlesene Rechtsfälle.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl.

Cocceji, Jus controversum civile.

Dernburg, Pandekten, 3. Aufl.

—, das Pfandrecht 1860/64.

—, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 4. Aufl.

Fittting, Reichs-Konkursrecht. 1881.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, 5. Aufl.

Fritz, Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts.

Geib, Die Person des pigneraticisch Berechtigten und des pigneraticisch Verpflichteten, 1884.

Gesterding, die Lehre vom Pfandrecht, 2. Aufl.

Glück, Pandekten-Kommentar, Bd. 14, 15.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I, 2. 1868.

Gruchot, Glossen zum Allgemeinen Landrecht, in seinen Beiträgen zur Erläuterung des preussischen Rechts, Bd. 11.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Aufl.

Koch, Allgemeines Landrecht, 8. Aufl.

—, Übergang der Forderungsrechte.

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, 1882.

Löhr, Über die dinglichen Pfandklagen, in seinem und Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft, Bd. 3.

Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 3. Aufl.

Meibom, das Deutsche Pfandrecht, 1867.

Mühlenbruch, die Lehre von der Cession, 3. Aufl. 1836.

Puchta, „Cession" in Weiske's Rechtslexikon, Bd. 2.
—, Pandekten, 4. Aufl.
—, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 2. Aufl.
Sarwey, Reichs-Konkursordnung, 1879.
Schenck, die Lehre vom Retentionsrecht, 1837.
Schlayer, Beiträge zum römischen Pfandrecht, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 49.
Schmid, die Grundlehren der Cession, 1866.
Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, 3. Aufl. 1868.
—, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, 1836.
Stieglitz, Reichs-Konkursordnung, neue Ausgabe 1887.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl.
Stölzel, Zur Lehre vom Faustpfande, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 45.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl.
Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich 2. Aufl. 1884/85.
Wendt, Lehrbuch der Pandekten, 1888.
Westphal, Von Verpfändung fremder Güter, in seinen Rechtlichen Abhandlungen, Nr. 8.
Wilmowski, Reichskonkursordnung, 3. Aufl
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl. 1891.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 3, 4, 7, 8, in Senffert's Archiv Bd. 11 und in Gruchot's Beiträgen Bd. 35.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.